
SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS







Zur Lehre von der Culpa.

Von

Dr. F. W. Schaaff.

Von der Juristenfacultät Heidelberg genehmigte Habilitationsschrift.

Heidelberg, 1862.

I. Einleitung und Blick auf den heutigen Stand der Lehre.

Als der persische König zum erstenmale seine Brücken über den Hellespont schlug, wurde das Meer unruhig und zerstörte den Bau. Dafür liess ihm der König dreihundert Geisselhiebe aufzählen, und die Züchtigung musste unter harten, drohenden Reden geschehen.

Wir sind geneigt, den Vorgang seltsam zu finden. Nicht so der Vater der Geschichte, welchem wir die Erzählung verdanken.

Ihm liegt es so ferne, hier eine Thorheit zu belächeln, dass er vielmehr über die Vermessenheit des menschlichen Gebieters staunt und die Lästerung ihn unheimlich berührt.

Man könnte hier an so eine Despotenlaune denken. Uebrigens steht der Fall nicht einzeln und durch die Betrachtung unsrer eignen, nicht so fernen Vergangenheit werden wir zu einem andern Verständniss geführt.

Wie dem grauen Alterthum das leblose Element, so hat der christlich-germanischen Zeit ein anderes Gebiet der vernunftlosen Natur, das Thierreich, seine Delinquenten gestellt. Diese Thierprocesse haben wir in grosser Zahl und im Lichte einer ganz historischen Zeit. Sie sind, wie die aktenmässigen Belege zeigen, ganz mit dem Ernste und, so weit es angieng, auch in den Formen der menschlichen Processe verhandelt.

Das Sündigen und Büssen der Thiere tritt uns auch als römische Rechtsanschauung in der Pauperies entgegen.

Es könnte zwar scheinen, als ob die bevorzugte Gattung das Beste, nemlich das Recht, hier überall für sich behalten und nur in das Uebel, nemlich in das Unrecht und die Strafe mit den niedern Geschöpfen sich getheilt hätte.

Aber in der That deutet die Sache auf Mehr und auf eine vollere Gemeinschaft hin.

Wenn wir nemlich den Fortschritt unserer Gattung überhaupt als Eins mit dem Fortschritt der Vernunft, und diesen als ein Werden in der Zeit betrachten müssen, so können wir auch nicht umhin, anzunehmen, dass der Mensch dem instinctiven Leben und seinen Trägern einstmals näher stand als jetzt.

Wer an der verhältnissmässigen Lebendigkeit und Stärke dieser Gemeinschaft zweifeln wollte, wäre durch die Thatsache zu belehren, dass die Kirche selbst vielfältig Veranlassung nahm, Thiere zu excommuniciren. [1])

Alles Befremdliche verliert die Sache vollends für eine Zeit, in welcher der Rechtsschutz wesentlich auf Rache gebaut ist und die Ausgleichung des Unrechts auch unter Menschen in dem Troste und der Kühlung gefunden wird, welche die Rache gewährt. Denn wollte man sich dort wundern, dass es Thiere sind, so müsste man sich hier noch mehr wundern, dass es Rache ist. Die Rache, selbst unvernünftig, ist ja am vernünftigen Wesen um Nichts vernünftiger als am vernunftlosen.

Auch ist die Erscheinung bei uns selbst in Wirklichkeit weit mehr zu Hause als wir in der Theorie uns stellen.

Wen eine leblose Sache, oder auch ein Thier, hindert, ärgert oder schmerzt, der wird unwillkürlich jene auf die Seite werfen, nach diesem treten oder schlagen. Gerade so, wie wir geneigt sind, an dem Menschen, der uns kränkt und wehe thut, unsern Verdruss zu bewähren.

---

1) Bis hierher zu vergleichen: Hepp, die Zurechnung auf dem Gebiete des Civilrechts S. 90 ff. und die dort Angeführten.

Das Alles ist Natur. Sie haben wir zu nehmen, wie sie eben ist. Sie besser oder schöner machen wollen durch räsonnirende Zuthat, ist geschmacklos und verkehrt. 2) Sie begehrt der Beschönigung nicht und weiss den Putz nicht zu tragen.

---

2) Dahin gehört das Bemühen, dem Noxalrechte eine rationale Ausstattung dadurch zu geben, dass man die Verpflichtung des Herrn zur Schadloshaltung oder Hingabe des Thiers auf eine Verschuldung von Seiner Seite, Mangel an Beaufsichtigung und dergleichen zurückführt.

Allein nicht vom Herrn, sondern vom Thier wird gesagt: Noxiam Commisit. fr. 1 D. si quadrupes paup. f. d. (9, 1).

Die Schuld geht Mit dem Thiere — caput sequitur. Es kann hiernach nicht eine Schuld des Herrn sein. Eine solche bliebe unter allen Umständen bei Diesem und dass mit dem Gegenstande, Mittels dessen der Herr beschädigte, auch seine Verbindlichkeit auf Wanderung gehen sollte, wäre nicht verständlich.

Die Schuld geht mit dem Thiere Unter. Von einer Schuld des Herrn wäre diess nicht erklärlich. Dagegen ist es römische Rechtsanschauung, auch für Personen, dass Vergehungen mit dem Tode Dessen getilgt seien, der sie begangen hat.

Die Theorie, welche Verschuldung des Herrn unterstellt, weiss auch nicht zu erklären, warum der Schaden, den das Thier Secundum naturam sui generis zufügt, anders beurtheilt wird als der, welchen es Contra naturam anrichtet. Was den Herrn betrifft, so musste dieser auf Beschädigungen durch das Thier, welche ganz in dessen Natur liegen, viel mehr gefasst seyn als auf solche, die der Natur des Thiers zuwider und also weniger zu erwarten sind. Es wäre daher verkehrt, Verschuldung des Herrn gerade in Diesen Fällen zu unterstellen, in Jenen nicht.

Ferner können nur Zahme Thiere pauperies begehen. Nur wegen jener, nicht wegen der wilden, geht die Noxalklage gegen den Eigenthümer. Diese Unterscheidung fällt mit der vorigen zusammen.

Das wilde Thier hat nur diese Eine Wilde Natur. Alles was durch es geschieht, ist Secundum naturam. Dagegen findet sich bei dem zahmen Thiere, und hierdurch unterscheidet es sich vom wilden, noch eine andere Natur, eine gewisse Zucht, Gewöhnung. Was es gegen diese thut, ist gegen seine Art, ist Unart, Bosheit — contra naturam sui generis. Gegen das wilde Thier gibt es nur Abwehr, Vernichtung oder Rache, für das Zahme auch Züchtigung, Strafe.

Endlich ist daran zu erinnern, dass in vielen zerstreuten Stellen die Zulassung des Eigenthümers zur noxae datio gerade Davon abhängig gemacht ist, dass von Seiner Seite culpa Nicht unterlaufen sei.

Als Zweifelsgrund gegen diese Darstellung wird geltend gemacht, dass die römischen Juristen der Verpflichtung des Eigenthümers zur Entschädigung

Doch ist es Natur der Natur, aus jener Unmittelbarkeit von selbst herauszutreten, Denkend Sich und Anderes und Sich Als Denkendes Von Anderem zu unterscheiden und im Anerkennen dieses Bewusstseyns und dieser Freiheit auch In Andern, die Eigne Anerkennung zu erhalten.

Damit scheidet sich eine Art von Beziehungen von dem anfänglichen Ganzen aus. Es bilden sich Beziehungen vernünftiger Wesen, als solcher, zu einander.

Zwar ist die Idee der Vernünftigkeit und Gleichheit zunächst noch verwachsen mit dem Individuum, das sie hervortrieb, und seiner Zufälligkeit preisgegeben.

Aber sie selbst wird frei und wirklich dadurch, dass sie Persönlichkeit und Macht, als Staat, wird.

---

als der principalen, seiner Befugniss zur noxae datio gleichsam nur als einer Rechtswohlthat, vermöge deren er jene andere Leistung abwenden kann, Erwähnung thun. Ob diess so sei ist streitig. Allein es kann zugegeben werden, ohne dass hierdurch der vorhin entwickelten Ansicht Eintrag geschieht.

Wäre der Delinquent z. B. eine Person, so hätte der Beschädigte nicht ein Recht an dieser, sondern zunächst lediglich ein solches auf Schadloshaltung erlangt. Ein anderes Recht hat der Beschädigte auch nicht in Bezug auf das Thier. Er soll sich nur seines Schadens an diesem erholen können; ob er diese Erholung in des Thiers Verwerthung oder etwa in dessen Züchtigung oder Tödtung finde, ist Seine Sache. Dass er hierwegen an den Eigenthümer sich halten könne, giebt nicht dessen Eigenthum den Grund. Läge der Grund in diesem, so könnte nur das Eigenthum zur Zeit der Begehung entscheiden.

Vielmehr liegt der Verpflichtungsgrund des jeweiligen Eigenthümers darin, dass er sein Eigenthum gegen den Beschädigten Geltend macht, dass er vermöge seines Eigenthums sich zwischen den Beschädigten und den Delinquenten stellt und so jenen von Diesem, an welchem er seine Erholung sucht, abschneidet. Hiermit nimmt er auf Sich gerade das, was der Beschädigte an den Delinquenten zu suchen hat, d. h. den Ersatz des zugefügten Schadens. Dieser Verpflichtungsgrund besteht nicht mehr, der Eigenthümer hört auf, dem Beschädigten im Wege zu stehen, sobald er das Thier aufgiebt oder dem Beschädigten überliefert.

Dieser Zusammenhang der Sache, welcher für das römische Recht aus Einzelbestimmungen zu combiniren ist, findet Ausdrückliche Anerkennung in den Quellen des deutschen Rechts. Hier ist als Verpflichtungsgrund zum Ersatze des von einem Thier zugefügten Schadens geradezu der Umstand erklärt: dass man das Thier in seinen Schutz, in seine Gewere nimmt. Sachsenspiegel Buch II art. 40. Schwabenspiegel Art. 204 (Lassberg).

Hiermit zieht sich durch die natürliche Ordnung, und diese in vielen Richtungen in sich aufnehmend, eine vernünftige Ordnung hin, welche wesentlich im Elemente des denkenden Bewusstseyns und des Willens ist.

In diesem Elemente sind wir selbst und unser Recht, und ist darum auch das Unrecht anders geworden.

Denn die Nothwendigkeit des Begriffs, seinen Gegensatz zu bestimmen und an sich selbst zu haben, mit ihm in Einem und dem Gleichen Elemente zu seyn, ist eine allgemeine und folglich eine Nothwendigkeit auch des Rechtsbegriffs.

Das Recht, den vernünftigen, gültigen Willen negirt als Recht nur Der, welcher es Als diese Vernunft und diesen Willen negirt, oder: es wird nur Durch bewussten Willen negirt.

Wenn man auch jetzt noch, bei Besprechung der Folgen des Unrechts, hin und wieder die Forderung betont, dass jenes auch verschuldet seyn, dass es müsse zugerechnet werden können: so erscheint diese Bemerkung mehr wohlgemeint als zur Sache gehörig.

Entweder nimmt man hier irgend ein Geschehen, als solches, etwa ein Beschädigen, welches ebensowohl rechtlich als widerrechtlich seyn kann, für Unrecht: dann fehlt man gegen den Begriff. Oder man fühlt zwar, sagt es nur nicht, dass die Rechtsverletzung den Willen, die Zurechnung wesentlich enthält: dann braucht man nicht zu suchen, was man schon hat, verdunkelt aber durch den Pleonasmus die Sprache und verwirrt durch die Unmethode den einfachen Begriff.

Dem römischen Rechte wird wohl mit Absicht nicht mehr bestritten, dass es auf den Standpunct gelangte, als Wille und vernünftige Ordnung sich selbst zu begreifen, und Unrecht darum auch nur im Thun, als freien, in der Handlung zu erkennen.[3])

---

3) fr. 23 in. f. D. de div. reg. jur. (50, 17): . . casus . . a nullo praestantur. fr. 131 D. de verb. signif. (50, 16): Poena sine fraude esse non

Dagegen haben Die, welche deutsches Recht pflegen, oder die Juristen, sofern sie es pflegen, in diesem das Princip gefunden, dass es Alles mehr äusserlich nehme, nur den Erfolg, etwa als Schaden, berücksichtige und diesen ohne Unterschied Sachen, Thiere, Menschen entgelten lasse, wie sie eben damit in einer Wahrnehmbaren Verbindung stehn.

Auf der andern Seite ist nicht unbemerkt geblieben, dass in Persien, in Griechenland und Rom ebenfalls Spuren von so Etwas sich nachweisen lassen.

Dass bei den Römern das Eine als der Anfang, das Andere als das Ende sich zeigt, hat die Betrachtung, Jenes für Deutschland als das Beschlossene, Fertige zu nehmen, wenig gestört. Dass Deutschland im Laufe der Zeit das bei den Römern Entwickelte als den Fortgang und die Erfüllung seiner Eignen Entwicklung in sich aufnahm, hat die Theorie nicht darauf geführt, Jenes auch für die Deutsche Rechtsbildung als Resultat in Anspruch zu nehmen.

So hat die allein fruchtbare Idee, dem Rechtsbewusstseyn von seiner Natürlichkeit und Unmittelbarkeit bis zu seiner Erscheinung als Vernunft und als Geist zu folgen, und seine Erscheinungsformen in den Volksindividuen und Perioden als Momente dieses Entwicklungsganges an einander zu schliessen, wenig Pflege gehabt. Vielmehr stehn die einander ablösenden Momente in der Theorie wie ein Dualismus von Systemen auseinander.

Wie das Recht, an sich vernünftiger Wille, doch für uns nur durch das Medium der erscheinenden Wirklichkeit, nur als äusserliche Ordnung ist: so ist auch unser Wille,

---

potest. fr. 14 D. ad leg. Corn. de Sic. (48, 8): in maleficiis voluntas spectatur, non exitus. fr. ult. in f. D. de adm. et peric. tut. (26, 6): impune puto admittendum, quod . . sine facto personae accidisset. c. 22 Cod. de poenis (9, 47): Sancimus ibi esse poenam, ubi et noxia est. c. 1 Cod. si advers. delict. (2, 34): si . . delictum non ex animo sed extra venit, noxia non committitur.

der sich gegen das Recht kehrt, für Dieses nur als äusserlich gewordener, nur als Thuende Störung da. [4])

So hat die rechtswidrige Handlung zwei Seiten, deren Eine sie gegen die Aussenwelt, die andere gegen den Ursprung kehrt.

Die letztere verläuft in einem Ganzen, dem Individuum. Sie gehört einestheils Diesem an, hat aber anderntheils es selbst, das sie hervorgetrieben hat, ganz an Ihr.

Denn wie etwa der Oelzweig zwar nur ein Zweig des Oelbaums, aber ein Zweig des Ganzen Oelbaums ist: so ist auch diese oder jene That nur Eine Aeusserung des Individuums, hat aber Theil an dieser Ganzen Individualität.

Was ist aber das Individuum?

Es ist nicht mehr und nicht weniger als die Welt, Die sich und So Wie sie sich in diesem einfachen Puncte reflectirt.

Welche weitläufige Aufgabe für die Theorie der Culpa, diese Menge von Beziehungen in Erwägung zu nehmen! Welch dringendes Bedürfniss, eine gewisse Festigkeit und Uebersicht in diese vielgestaltige, bewegte Masse zu bringen!

Und welche Mittel sollten hierzu tauglicher seyn als die auch sonst so gut bewährten, Eintheilung, Definition?

Theilt man doch das Thierreich in Gattungen und Arten ein, so dass, wenn der Vogel als Individuum nicht mehr ist, man noch lange an den Federn sieht, zu welcher Art und Gattung er einmal gehörte. Sollte nicht, wie das Thierreich, so auch das Reich des Willens seine Gattungen aufzeigen und etwa die schlimmste von diesen, der Dolus, gewisse Wahrzeichen haben, die den Blick des Kenners niemals trügen?

Die verschiedensten Körper reducirt man auf Maass und Gewicht. Wie vereinfacht das die Sache! Die Wärme, auch Längen und Breiten misst man nach Graden, warum

---

4) fr. 18, D. de Poenis (48, 19): Cogitationis poenam nemo patitur.

nicht auch die Culpa? Namentlich wenn der Grade nur zwei oder drei sind, ist nichts fasslicher und leichter zu behalten als dieses.

Von den Gattungen, in welche die Theorie die gesammte Culpa eintheilt, pflegt sie die schlimmste voranzustellen. Nehmen wir diese in ihrer reichsten Ausstattung, so ist hier das Individuum in seiner Selbstbestimmung frei, auch des Rechts bewusst. Die Verletzung des Verbots ist seine Absicht, der Erfolg ihm klar und dessen Eintreten Zweck. Diess Ganze wird noch dazu in den Stoff der Immoralität getaucht und stellt sich so als Dolus dar.

Er ist, wie man sieht, ganz und gar im Positiven. Von ihm wird nur Einerlei erwähnt.

Dem Dolus gegenüber steht eine Culpa, welche ihre Bedeutung wesentlich durch diesen Gegensatz empfängt.

Wenn nämlich das Individuum hier auch etwas thut und dieses Thun einen nachtheiligen Erfolg für das Recht hat, so kann es doch seyn, dass die Absicht zwar auch auf Rechtsverletzung gieng, aber dabei nicht unmoralisch war, oder dass zwar die Moralität dahinsteht, aber doch die Absicht nicht auf Rechtsverletzung zielte, indem man entweder von dem Recht nicht wusste, oder das Eintreten der Verletzung nicht vorhersah.

Letzteres erinnert fast nicht an Culpa.

Der Uebergang zu dieser vermittelt sich aber durch die Erwägung, dass man das nicht Gewusste, nicht Vorgesehene, Wissen konnte, vorsehen Konnte.

Wodurch konnte?

Durch Sorgfalt, Aufmerksamkeit, an welcher man es hat fehlen lassen.

Wenn nun die Zurechnung beim Dolus ganz im Positiven war, so schlägt sie auf ihrem Weg hinunterwärts, der Culpa zu, mit Einemmal ins Negative um. Wenn sie es dort nur mit Freiheit, Wille, Absicht zu thun hat, so bringt sie hier nichts als Unwissenheit, Wissen Können, Mangel an Voraussicht vor.

Wenn es dort nur Einerlei gab, so finden sich dagegen hier Stationen, Grade.

Diess macht nun unsere Neugierde doppelt rege: einmal nach den Puncten, von welchen aus, dann nach den Maassen, mit welchen gemessen wird.

Ausgangspuncte werden uns zwar zwei angegeben. Aber es sind keineswegs feste Puncte. Vielmehr hat das, was dafür gelten soll, selber eine höchst dehnbare und flüssige Natur. In beiden kommt Besonnenheit, Sorgfalt vor. Das Eine Mal die Besonnenheit, Sorgfalt tüchtiger, besonders vorsichtiger Leute, das Andere Mal die Besonnenheit, Sorgfalt, welche wir auch noch bei ganz gewöhnlichen, für nichts weniger als für besonders vorsichtig geltenden, Leuten anzutreffen pflegen. Während auf der Einen Seite der Mensch und Hausvater seine Qualification durch eine gewisse Vorsicht und Sorgfalt empfangen zu sollen scheint, werden wir auf der andern Seite zur Bestimmung dieser an gewisse Menschen und Hausväter gewiesen.

Dem sei nun wie ihm wolle. Der erste Abschnitt der Culpa geht bis zu derjenigen Besonnenheit, welche man von Menschen noch zu erwarten pflegt, die für minder tüchtig, für nichts weniger als besonders vorsichtig gelten. Von da beginnt der zweite Abschnitt und verliert sich ins Unbestimmte hinab. Jenes ist culpa levis, dieses magna, lata culpa.

Die Eintheilung soll die grössten practischen Vortheile haben. Zunächst erschliesst sich durch sie unserer Einsicht die Grenze der Zurechnung überhaupt, welche überall mit dem Verhalten eines tüchtigen Hausvaters zusammenfallen soll. Mehr Voraussicht und Fleiss als ein solcher in seinen Angelegenheiten zu bethätigen gewohnt ist, wird bei Erfüllung von Verpflichtungen, welcher Art diese auch seyn mögen, von Niemanden verlangt. Handlungen und Unterlassungen, die auch dem tüchtigen Hausvater unterlaufen, werden nicht mehr zugerechnet, und der Schaden, den sie verursachen, gilt dem zufälligen gleich.

Sodann thut die Ausscheidung der lata culpa schon darum noth, weil sie mehr an den Dolus hinstreift und, gleich diesem, verantwortlich macht.

Endlich hat die Eintheilung in Grade noch ein ganz besonderes Interesse. Denn nach römischem Rechte braucht von den Rechtspflichten nur ein Theil vollständig erfüllt zu werden. Dahin gehört die Pflicht, welche man in Bezug auf fremde Sachen hat, nämlich diese nicht zu beschädigen. Sodann in der Obligation die Verpflichtung dessen, der von dem Verhältniss Vortheil hat, und jene, die aus freiwilliger Stellvertretung entspringt. Dagegen brauchen Solche, die aus dem Verhältniss keinen Vortheil ziehen, ihren Obliegenheiten nicht in allen Stücken nachzukommen. Ihnen ist die Nachlässigkeit, welche unmittelbar unter dem Fleiss eines guten Hausvaters anfängt, bis zu dem Verhalten, welches auch noch bei gewöhnlichen, nichts weniger als besonders vorsichtigen, Menschen gefunden wird, dieses mit eingeschlossen, gestattet. Nur was darunter ist haben auch sie zu verantworten.

Alles diess heisst Culpa in abstracto, oder auch Culpa, welcher, als ihr Gegentheil, eine Diligentia in abstracto entspricht. Diese wird dann als der Fleiss, welcher überhaupt der menschlichen Natur eigen ist, als allgemeiner Begriff der Aufmerksamkeit, als absolutes Maass der Culpa, und in ähnlicher Weise, umschrieben. In der That giebt der unrömische Ausdruck das unglückliche Bemühen kund, aus einer Vielheit oder Classe von Individuen, nicht etwas Allgemeines, Gleiches, sondern einen Typus, der ebenfalls wieder als Individuum vorgestellt wird, zu abstrahiren.

Für die Culpa hat man aber nicht nur jenes allgemeine Maass, welches für alle Fälle das nämliche ist, sondern auch noch ein besonderes, welches für jeden Fall ein anderes ist. Dieses ist nicht das abstrahirte, sondern das leibhaftige Individuum, welches gehandelt hat, selbst. Damit dieses an seine Handlung, somit an sich selbst, als Maassstab gelegt werden könne, muss es gedoppelt genommen werden, als

das Individuum von Jetzt und als das Individuum von Sonst. Hat Jenes Unrecht gethan, so wird es mit dem Einwand gehört, dass Dieses es ebenso mache.

Diess nennt man Culpa — Diligentia in concreto. Ihr vornehmster Sitz ist das Verhältniss der Gemeinschaft und der unfreiwilligen Stellvertretung. Uebrigens kommt sie auch mit der abstracten Culpa zusammen vor. Wer eigentlich nur lata culpa zu prästiren hat, soll bei den Leistungen, welche er Andern schuldet, so viel Beflissenheit anwenden, als er seinen eigenen Sachen zu widmen pflegt. Ferner wird zuweilen die abstracte Diligentia zunächst gefordert, und wem diese sonst und in Eignen Angelegenheiten eigen ist, der kommt auch Andern gegenüber nicht wohlfeiler ab. Ist Einer dagegen auch sonst und besonders im Eignen, mit einem Worte, ist er Durchaus fahrlässig, so deckt die allgemeine Untugend das einzelne Vergehen.

Das ist in ihren Hauptzügen die Theorie der Culpa. Hat man auch in den einzelnen Feldern, wo ihre Theile liegen, im Laufe der Zeit viel und emsig gearbeitet, Einiges zu Tage gefördert, Anderes weggeräumt, mitunter wohl von Einem Feld etwas ins Andere hinüber, von Jenem etwas in Dieses herübergelegt: so hat doch die Conception des Ganzen durch Jahrhunderte sich nicht viel bewegt.

Bekanntlich hält die Glosse drei Grade des Wohlverhaltens und, im umgekehrten Verhältniss zu diesen, Drei Grade der Culpa fest.[5]) Jünger ist die Theorie der Zwei

---

5) v. Wening-Ingenheim, Schadenersatz S. 100 ff. berichtet, dass die Glossatoren die culpa, den dolus mit eingeschlossen, in fünf Grade eingetheilt hätten und beruft sich hierwegen auf die Glosse zu fr. 5. §. 2 D. Commod. u. fr. 25 §. 7. D. locati conducti. Die Sache wäre in hohem Grade interessant, weil sich daran erkennen liesse, dass schon die Glossatoren den dolus unter culpa im weiteren Sinne nicht nur dem Namen nach begriffen, sondern die nemliche Verwandtschaft, welche die Culpagrade unter sich jetzt auszeichnet, auch für culpa Und dolus angesprochen hätten. Allein in der Ausgabe von Fehius und den andern, welche sich auf der Heidelberger Bibliothek finden, kommt eine solche Glosse zu den erwähnten Stellen nicht vor.

Grade, welche jetzt bis über Donellus hinauf verfolgt ist und für welche Jener hauptsächlich in so fern Bedeutung hat, als die, nachher wieder für lange vergessene, Lehre aus ihm zu Anfang dieses Jahrhunderts aufgefrischt wurde. Seither hat man von dem Funde nicht mehr abgelassen, sichtlich befriedigt von seinem verständigen, sachgemässen Gehalt.

Wenn am subjectiven Wohlverhalten oder auch an den Obliegenheiten, an den Pflichtstellungen ihrem Umfang nach, sich mehr als zwei oder drei Verschiedenheiten denken lassen und auch im Rechte Anerkennung haben: so wird man sagen müssen, dass die ältere Theorie mit den mehreren, der Wahrheit etwas näher stand als die neuere Lehre mit ihren wenigeren Graden.

Sollte sich dagegen ergeben, dass es die Natur jener Verhältnisse nicht ist, dergleichen Abschnitte zu haben, dass man darum besser in der Theorie der Culpa von Graden überhaupt nicht redete: so könnte es scheinen, dass die neue Theorie einen Fortschritt gemacht habe, indem die Grade, welche überhaupt nicht existiren, hier doch auf einen weniger reducirt sind.

Aber es lässt sich nicht verkennen, dass die Grade hier an Intensität und Sprödigkeit fast mehr gewinnen als sie sie an Zahl einbüssen, und darum eher eine vermehrte Entfremdung von der gradlosen Culpa, als eine Annäherung an diese, bekunden.

Bei einigen Obligationen ist es quellengemäss und auch, der Sache nach, von jeher in der Doktrin angenommen, dass bei Prüfung der Frage, ob und wie die Schuldigkeit gegen den Dritten gethan sei, darnach umgeschaut werde, wie der Verpflichtete dieselben Dinge, wenn sie seine eignen sind, zu behandeln versteht und gewohnt ist.

Neuern Ursprungs ist es, Jemands individuelles Verhalten, als Eines und Ganzes unter diligentia in concreto vorzustellen, und was dagegen verstösst, als dergleichen Culpa zu bezeichnen und dieser eine, dem Namen entsprechende,

Stellung der ganzen andern Culpa gegenüber im Systeme anzuweisen.

Es ist wohl zu beachten, dass durch dieses Hereinziehen des Individuums, nicht nur mit seiner Fähigkeit und Brauchbarkeit, die es sich nicht selbst gegeben, sondern zugleich mit all seinem Belieben und Gewohntsein, ein Element des Zufälligen und Willkürlichen in das Gebiet der Verpflichtungsverhältnisse verpflanzt wird, das deren Begriff und Ernste eigentlich zuwider ist.

Wenn es sich nun zeigen wird, dass jenes individuelle oder concrete Verhalten nur mit mancherlei Unterscheidung im Rechte Berücksichtigung findet: so wird man zugestehen müssen, dass die Theorie, welche Alles in Einen Topf zusammenschüttet, der Erkenntniss des Wahren mehr hinderlich als förderlich war.

Noch ist der Unterscheidung in aquilische und ausseraquilische Culpa zu gedenken, welche ein neuerer Schriftsteller in diese Lehre eingeführt hat. Dass ausser der Obligation Niemand einem Andern zum Thun verpflichtet sei, und darum auch Niemand durch Unterlassen gegen das aquilische Gesetz verstosse: ist die Bedeutung, welche derselbe in diese Unterscheidung legt. Er ist von seinem Gedanken in dem Maasse erfüllt, dass er einem früheren Bearbeiter der Theorie die Einsicht in das wahre Wesen der Culpa schon darum für verschlossen hält, weil ihm das Erfahren des neuen Lehrsatzes nicht beschieden war. [6]) Zwar scheint die Sache Grund zu haben, aber nichts weniger als neu zu seyn. Man hat wohl von jeher erkannt, dass Eigenthum und ihm verwandte Rechte unmittelbar auf Sachen gehen und nur als ihre Folge die Pflicht dritter Personen zur Unterlassung von Eingriffen nach sich ziehen: dass hingegen in der Obligation Gegenstand des Rechts geradezu ein Thun und Unterlassen des Verpflichteten ist. Nimmt man hinzu,

6) Hasse in seiner Recension der Schrift von Lebrün, Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft Bd. IV.

dass Culpa im allgemeinsten Sinne Rechtsverletzung, Verletzung eines Rechts aber nichts Anderes als die Negation seines Inhalts ist; so dürfte kaum jemals Jemand auf den Gedanken gerathen seyn, dass Sachenrechte anders verletzt werden können, als durch Thun, und dass ein Unterlassen schuldhaft sei Ausser der Obligation. Es will durchaus scheinen, als ob der Unterschied hier vielmehr in den Rechten als in der Culpa beruhe. Wenn man nur dort im Klaren war, so konnte man auch hier nicht irre gehen, und dass die Unterscheidung so spät zum Durchbruch kam, wird sich besser so erklären, dass man jene für überflüssig, als sich selbst nicht fähig, sie aufzustellen, fand.

In der aquilischen und nicht-aquilischen Culpa jetzt gleichsam aufgegangen, aber älter als diese, ist die Lehre von der Begehungs- und Unterlassungsschuld in einem andern Sinn. Man hielt die culpa in faciendo für schwerer als die culpa in non faciendo, und nahm wegen jener eine Haftungspflicht in Rechtsverhältnissen an, in welchen sie wegen dieser nicht eintreten sollte. An sich ist nicht einzusehen, und war auch niemals mit einigem Schein begründet, wie es leichter hingehen solle, zu unterlassen, was man zu thun schuldig ist, als zu thun, was man zu unterlassen hat.

In dieser Hinsicht darf die Frage für erledigt gelten. Gleichwohl ist die Unterscheidung nicht unnütz und wird in den Quellen selbst, in der gegensätzlichen Verbindung von culpa-diligentia, culpa-custodia, vielfältig betont.

Den alten einfachen Geschäften war es einestheils eigen, mit ihrer Errichtung sofort auch abgewickelt zu seyn. So trat z. B. bei der Mancipation der Eine Theil gleich ausser aller Beziehung zur Sache, welche deren Gegenstand war. Anderntheils ist bei jenen Geschäften, als- stricten, der Inhalt der Obligation erschöpft in dem wörtlich Ausgedrückten. Culpa ist hier nur Unterlassen oder Vereiteln desjenigen Thuns, welches in dem kargen wörtlichen Verstande liegt.

Anders stellt sich die Sache mit dem Fortgang des römischen Rechtslebens in den Geschäften, deren Charakter sich schon dadurch ankündigt, dass sie nicht nach der Form der Errichtung benannt werden, in welcher jene andern verfangen sind und bleiben, sondern nach ihrem Inhalt und Zweck, die ihre Bestimmung aus Treue und Glauben empfangen. Hier sind die Beziehungen nicht wesentlich einseitige oder mit ihrem Eingehen auch sofort gelöste, sondern vorherrschend gegenseitiger und vergleichungsweise dauernder Art. Wenn dort die ganze Unterlassungsschuld nur etwa im Nichtgeben des Geschuldeten, die ganze Begehungsschuld nur im Verderben oder Vernichten des zu Gebenden bestehen mag: so erscheinen dagegen hier so viele Thätigkeiten der Pflege, des Abwartens, des Besorgens, theils als principaler, theils als beiläufiger Inhalt der Obligation, dass diese Rechtserwartungen alle, wie nicht im Vertrage, so noch weniger im Gesetze ausführlich zu bestimmen sind, nur mit Gattungsnamen sich zusammenfassen lassen.

Als solchen Collectiv-Ausdruck gebrauchen die Quellen z. B. diligentia. So ferne wir sie vornehmlich als Verpflichtung zum Thun zu denken haben, welchem seine eigenthümliche Sphäre gewiesen ist, erhellt nun auch die Bedeutung und Sphäre der s. g. Culpa in non faciendo. Ihre Unterscheidung ist hiernach keineswegs eine müssige. Nur bedeutet sie nicht eine gewisse Art von Vertragswidrigkeiten und deren gelindere Beurtheilung im Vergleich mit andern. Vielmehr bezeichnet sie den Inhalt, den gewisse Verpflichtungsverhältnisse haben, gegenüber andern, die ihn nicht haben. Und da jene ersteren im römischen Recht nicht nur ein Bestehen für sich, sondern zugleich fürs Ganze die Bedeutung haben, dass an ihnen Begriff und Wesen der Obligation sich überhaupt vollständiger herausgestellt hat, so hat auch dieser Zweig der Culpa seine vorwiegende Stellung in der Genesis des Systems.

Statt an der Sache ein leicht ersichtliches Missverständniss aufzuweisen und sie dann fallen zu lassen, hätte man

besser gethan, für sie nach einer rechten Beziehung zu suchen. Weil die s. g. culpa in non faciendo allerdings nicht lobenswerther als die culpa in faciendo ist, hat man jene, als eine unterschiedene, überhaupt nicht mehr gelten lassen wollen. Wenn ihrer die Quellen nun gleichwohl in diesem Sinne, und zwar meistens noch in gegensätzlicher Beziehung Erwähnung thun: so wird durch dessen Nichtbeachtung nicht nur das besondere Verständniss überall ein mangelhaftes, sondern zugleich durch die Verkehrung der Gegensätze die Verwirrung über die Grenze hinausgetragen und in die gesammte Lehre von der Culpa verpflanzt.

II. Etwas über Zurechnung überhaupt und über die herkömmlichen Zurechnungsarten.

Es hat sich einestheils als Begriff des Unrechts erwiesen, im Elemente des Bewusstseins und des Willens zu seyn. Diese haben Wirklichkeit nur im Individuum. Wie sie selbst es sind, so ist auch ihre Aeusserung, die unrechte That, eben weil sie Ihre Aeusserung ist, allemal individuell.

Anderntheils stellt sich die Zurechnung die Aufgabe, in das Individuum Nichts hineinzuthun, sondern dessen Handlung so zu nehmen, wie sie in Wahrheit ist.

Daraus folgt, dass die Gestalten oder Arten der Zurechnung gerade dieselben als die Erscheinungen des Bewusstseins und des Willens am Individuum sind.

Die Function, welche wir beim Recht Interpretation nennen, kommt ebenso beim Unrecht vor. Diese Interpretation des Unrechts pflegen wir unter Zurechnung zu verstehen. Ihre Aufgabe wächst mit dem Reichthum der Beziehungen und Besonderheiten des unrechten Willens: jene Aufgabe ist eben, diese Eigenheiten und Verschiedenheiten darzustellen.

Wie nun nichts dagegen einzuwenden wäre, wenn für das Recht gewisse einfache, leicht fassliche Interpretationsregeln aufgestellt würden, geeignet uns die Einsicht in die

mannigfachsten Institute und Satzungen zu erschliessen: so könnte es auch fast nur wünschenswerth erscheinen, wenn die Erscheinungen des Unrechten Willens etwa in einige wenige Classen zerfielen, und noch dazu ihre bestimmten Merkmale hätten, nach welchen sie zur einen oder andern einzutheilen wären.

So etwas würde das Geschäft sehr erleichtern, und es wäre daher der Theorie nur zu danken, wenn sie solche Hülfsmittel aufdeckte.

Natürlich dürfte dabei keine Unwahrheit seyn und der Wirklichkeit kein Zwang geschehen. Denn die bescheidenste Anforderung, die wir an jede Theorie, also auch an die Theorie der Culpa stellen, ist eben doch, in ihren Begriffen uns nicht so etwas wie Einfälle, sondern einen Begriff von der Wirklichkeit zu geben und vornehmlich das Princip selbst, von dem sie ausgeht, im Fortgang seiner Auslegung nicht zu verlieren.

Die Cardinal-eintheilung des Unrechts ist in Dolus und Culpa. Jener wird als qualitativ verschieden von dieser gedacht, und weil man ihn so ziemlich als das Schlimmste vorstellt, was es giebt, so werden bei ihm nicht noch Eintheilungen oder Grade wie bei der Culpa erwähnt.

Es finden sich Aeusserungen römischer Juristen, welche mit jener Isolirung und Einförmigkeit des Dolus nicht zu vereinen sind.

Paulus sagt einmal: magna culpa dolus est. [7]) Mehr von Dem, was Culpa ist, soll Dolus sein, oder: Culpa ist minderer Dolus. Beide sind ein Mehr oder Minder von Einem und Demselben, also quantitativ nicht qualitativ unterschieden. Zwar pflegt man ein gewisses Minder vorzugsweise als Culpa, ein gewisses Mehr vorherrschend als Dolus zu bezeichnen: aber mit dem Wachsen oder Abnehmen des Einen wie des Andern gehen auch die Ausdrücke in einander über.

---

7) fr. 226 D. de verb. signif. (50, 16).

Zwar meinen die Interpreten, was an den Abendmahlstreit erinnert, Paulus habe nicht sagen wollen: grosse Culpa Ist Dolus, sondern: sie Bedeutet Dolus, ist ihm zu Vergleichen. Aber das ändert nicht viel. Man kann am Ende Tugend und Laster, Unwissenheit und Wissenschaft, auch etwa eine Thiergattung mit einer andern vergleichen: niemals aber wird es Sinn haben, Ein Ding mit Graden oder Quantitäten eines Andern zu vergleichen, z. B. Laster mit Viel Tugend, einen Hund mit einem Grossen Kalb.

Ulpianus [8]) spricht von dolus Omnis und zählt diesem eine der leichtesten Spielarten von dem, was man sonst Culpa nennt, unter der Bezeichnung „culpae suspicio" bei.

Mit dem Worte Omnis fasst man etwas zusammen. Ein Ding zusammenfassen ist nicht minder ungereimt, als Einen auffordern, auseinanderzugehen. Ulpianus hat also mehrerlei Dolus im Sinne, und der Fortgang seiner Rede ergiebt, Was er unter andern zu jenem mannigfachen Dolus rechnet: nämlich ein Verhalten, welches auch nur den leisen Anflug eines Verschuldens hat.

Africanus [9]) will beim Commodate, zu Gunsten des Commodanten: paulo remissius circa interpretationem doli mali versari. Er fordert beim Commodanten Mehr Dolus zur Haftungspflicht als bei manchen andern Vertragspersonen. Er will den Dolus als Stärkern und als Mindern auslegen. Wie es sonst schwer fallen möchte, aus einem Behälter mehr herauszulegen als darin ist: so kann auch der Ausleger eines Rechtsbegriffs nur Dessen Inhalt auslegen. Dolus so und so auslegen heisst: dass es Solchen und Andern Dolus gebe.

Um bei der Zurechnung den Dolus von der Culpa qualitativ zu unterscheiden, fand man sich genöthigt, jenen selbst vorerst zu Definiren. Zwar ist hier allerlei Streit. Aber einige Merkmale, die sich zu Concordienformeln vornehmlich

8) fr. 11 D. Depos. (16, 3).
9) fr. 61 §. 6 D. de furtis (47, 2).



wegen ihrer Unbestimmtheit eignen, kommen so ziemlich bei allen Schriftstellern vor. Diese zumeist gangbaren sind: Bewusstseyn, hier unter dem Namen Wissentlichkeit, sodann: Vorsatz.

Beide pflegt man bei dem Dolus gleichsam in der Form des Absoluten zu denken.

Betrachten wir zunächst die Wissentlichkeit als Bewusstseyn oder Erkenntniss des Rechts und folgeweise der Bedeutung und Tragweite des Unrechts: so verkennt man sonst nicht, dass das Recht selbst niemals fertig und zu Ende entwickelt sei. Man ist überzeugt, dass die grössten Juristen hier nur einer verhältnissmässigen Erkenntniss sich rühmen können, an der Arbeit nur einen bescheidenen Theil haben, dass jedes Rechtsbewusstseyn zugleich als Mangel an Rechtsbewusstseyn sich darstellt.

Nehmen wir die Wissentlichkeit als Wissen des Thatsächlichen, der Wirksamkeit des Aeusserlichen einer Handlung für einen gewissen Erfolg und des Fortwirkens und der Bedeutung dieses Erfolgs für die ganze erscheinende Wirklichkeit: so werden wir erinnert an die kleinen, oft verdeckten Ursachen grosser Wirkungen. Wir finden, dass Staatsmänner und Practiker jeder Art über den Zusammenhang des Thatsächlichen und dessen schliessliche Ergebnisse sich die Köpfe zerbrechen. Auch hier erweist sich jedes Erkennen und Wissen wesentlich zugleich als Unkenntniss und Nichtwissen.

Nun sollte es fast scheinen, als ob das, was den Weisen und Guten beim Recht und bei der Wahrheit nicht beschieden ist, den Bösen beim Unrecht gelänge: den Standpunct des Absoluten im Dolus zu erreichen.

Gehen wir zur Betrachtung des Vorsatzes über, so muss gleich auffallen, dass mit diesem Wort für unsere Frage eigentlich Nichts gesagt ist. Denn Vorsatz im Allgemeinen ist nur ein anderer Ausdruck für Wille, Selbstbestimmung. Fügte man etwa hinzu: Dolus ist der Bestimmte Vorsatz, die Freie Selbstbestimmung, so wäre das wieder eine Tauto-

logie: denn es giebt keinen Vorsatz, keinen Willen, ohne das Moment der Bestimmtheit, Freiheit. Man müsste noch sagen: so und so viel Bestimmtheit, so und so viel Freiheit. Liesse sich nun eine solche Quantität auch denken und aussprechen, so wäre sehr zweifelhaft, ob sich dazu auch ein Individuum fände, welches gerade so viel in sich hätte. Eines dürfte sich ohnehin nur finden: denn kein Individuum ist dem andern gleich. Träte aber auch dieser glückliche Zufall ein, so finge die Noth von Neuem an. Denn das Individuum hat immer auch Beweggründe, Absichten. Sind diese löblich oder doch nicht gerade verwerflich, so schliessen sie den Dolus aus oder schwächen ihn wenigstens ab. In Hinsicht auf sie hätte sich nun eine solche Maassbestimmung zu wiederholen, wie sie beim Vorsatz zu Hülfe zu nehmen war. Dazu käme aber, weil wir jetzt schon Zwei Dinge haben, ausser der Messung eines jeden für sich noch die Bestimmung des Verhältnisses von so und so viel von diesem zu so und so viel von jenem. Denken wir ausser dem Vorsatz und Beweggrund noch mehr erhebliche Zustände und Stimmungen hinzu, so mehrt sich die Verschränkung und complicirt sich die Aufgabe der Dolusbestimmung in geometrischer Progression.

Zu dem Allem gesellte sich die trostlose Betrachtung, dass das Ganze vielleicht auf Ein Individuum, auf alle andern gewiss nicht, ja vielleicht auf gar keines passen werde.

Ueberdiess erkennen wir qualitative Unterschiede zwischen Dolus und Culpa hier schon nicht mehr. Denn Bewusstsein und Selbstbestimmung sind wie Aller Zurechnung, so auch der Zurechnung zur Culpa wesentlich. Auch hier laufen stets Beweggründe oder Absichten der mannigfachsten Art neben her, und kommen alle diese Dinge, für sich betrachtet, in einem gewissen Maasse und in einem irgend wie bestimmten Verhältnisse zu einander vor.

Das Unvermögen, über die Schwierigkeit hinwegzukommen, vielleicht auch die Wahrnehmung, dass die alte und scheinbar einfache Aufgabe zu lösen noch Keinem hat ge-

lingen wollen, hat Manche dazu gebracht, um die Sache herumzugehen und, an einer schulgerechten Definition zwar verzweifelnd, aber an der Methode gleichwohl festhaltend, den Dolus als Etwas Unmoralisches, etwas Arges, Verwerfliches in der Gesinnung zu beschreiben. Dieses ist, für sich allein genommen, etwas das im Recht nicht entscheidet. Fügt man es aber dem Vorsatz als eine Zugabe bei, so zieht man es nur in den Zirkel, in welchem jener sich dreht, mit hinein.

Nach dem Dolus kommt die Culpa.

Mit ihr beginnt das zweite Stadium der Zurechnung nach der Seite des Zufalls, der Unschuld hin.

Weil auch die Culpa eine Art der Zurechnung, auch bei Ihr Wille des Individuums gegen das Recht und sie somit in Einem Elemente mit dem Dolus ist: weil ferner gerade dieses Element, welches sie mit dem Dolus gemein hat, der Grund ihrer Betrachtung im Recht ist: sollte es scheinen, dass auch die Theorie an diesem Einen Faden fortlaufen müsste, welcher durch das Ganze der Zurechnung sich hindurch zieht und ihren Begriff zusammenhält.

Dessen ungeachtet sehen wir gleich am Eingange in das neue Gebiet die Methode ganz auffallende Wendungen machen und allerlei Räder schlagen.

Zunächst ist bei der Culpa der Definitionseifer ziemlich kühl, wenigstens nicht bis zum Streite gediehen. Man begnügt sich gerne, sie als so ein Handeln zu beschreiben, welches zwar auch widerrechtlich, aber doch nicht absichtlich ist, wobei man übrigens die Widerrechtlichkeit hätte einsehen Können: als eine Verschuldung, bei der es nur an der erforderlichen Aufmerksamkeit gefehlt hat: oder gar als einen Willen, der eigentlich nicht auf Rechtsverletzung gerichtet war, sondern jene nur irgendwie mittelbar zur Folge hatte.

Zwar scheint man sich nicht zu verhehlen, dass dergleichen Möglichkeiten und Zustände an sich mit dem Rechte Nichts zu schaffen haben und eben so wohl in dieser oder jener Geschichte oder Statistik Erwähnung finden könnten,

Der Instinct des Wahren giebt sich auch in so fern kund, als man hin und wieder die „Handlung“ betont und über das Ganze der Zurechnung den Rahmen der freien Willensbestimmung legt. Aber bemerkenswerth bleibt, dass man bei dem Dolus gleich zur Sache selbst kommt und dem Feind ins Auge sieht, während man bei der Culpa zunächst und hauptsächlich sich mit Anderem zu thun macht und nur mitunter über dieses weg nach dem Ziele hinschielt.

Will man dem Dinge erst recht auf den Grund gehen, so erklärt man uns, wie bei dem Dolus, was er Ist, so bei der Culpa, was sie Nicht ist. Denn wenn man mit den Worten: Fahrlässigkeit, Unbedachtsamkeit, Mangel an Energie, oder wie sie sonst heissen mögen — etwas Positives zwar auszudrücken meint, so sind diess doch an sich blosse Unwirklichkeiten und besagen nicht mehr, als dass da und dort Denken und Wollen Nicht ist. Nur in Verbindung mit dem Willen und durch diesen gesetzt, als — positives oder negatives — Thun, erhalten sie an Seiner Wirklichkeit Theil. Damit haben sie aber auch ihre Selbstständigkeit verloren. Wir sind bei dem Elemente der Zurechnung angelangt, welches das Gleiche auch beim Dolus ist, haben es nur noch mit Dessen Gestaltungen zu thun und es ist nun verkehrt, von jenen Dingen noch, wie von der Hauptsache, zu reden.

Die Theorie der Culpa wollte besonders anschaulich werden und wusste zu dem Ende nichts Besseres zu thun, als das Bild eines Mannes uns vorzuhalten, welcher von der Culpa, um die es sich gerade handelt, in allen Stücken das Gegentheil ist. Er ist der tüchtige, fleissige Hausvater, wenn die Culpa levis, der gewöhnliche, nicht besonders vorsichtige Mensch, wenn lata culpa in Frage steht. Merken wir uns nur, wie es ein solcher macht, so werden wir nie verlegen sein, was wir von Einem zu halten haben, der es Anders macht. Dieselbe Methode, auf den Dolus angewandt, den man positiv schildert, würde zur Aufstellung eines sehr üblen Subjects führen und die Belehrung müsste hier etwa so lauten: Dolus sey, was ganz schlechte Gesellen thun.

Der Hausvater, welcher aus allerlei mehr oder minder guten Dingen zusammengesetzt wird, kann nicht Individuum, kann nicht anschaulich werden, weil er fingirt ist. Zugleich hören jene Dinge auf, die Klarheit und Bestimmtheit von Gedanken zu haben, weil sie in ein Ganzes zusammenfliessen, dass doch auch wieder der Erfahrung entnommen seyn, der erscheinenden Wirklichkeit angehören soll. So erreichen unsere Hausväter zwar nicht die Höhe der sogenannten Ideale, haben aber an deren Unwirklichkeit und gänzlicher Unbrauchbarkeit reichlich Theil. Die Theorie der Culpa aber ist hier auf den Punct gelangt, auf welchem sie allerdings sich überschlagen muss: nemlich ihren Begriff auf das zu stellen, was sie Nicht ist und zugleich als dieses Andere etwas vorzustellen, das Ebenfalls nichts ist.

Wie es nicht hat gelingen wollen, durch die Merkmale der Wissentlichkeit, des Vorsatzes den Dolus zu definiren, so will es auch nicht angehen, durch die Negation jener, durch Hereinziehen von Beweggründen und diesen oder jenen individuellen Zuständen, der Culpa gegen den Dolus hin ein Sondergebiet abzustecken. Die positiven Merkmale des Dolus taugen nicht, weil sie sich auch in der Culpa finden, die negativen der Culpa nicht, weil sie, wie sich noch zeigen wird, auch beim Dolus mitspielen: die letztern noch aus dem weitern Grunde nicht, weil alle jene Tendenzen und Zustände für sich dem Rechte nichts bedeuten, sondern erst aus dem Willen, durch welchen sie sind und der sie spielen lässt, ihre Beurtheilung empfangen. Ueberhaupt ist festzuhalten, dass für die Zurechnung das Individuum nur in so fern Ist, als es zu dem, Was es ist, sich selber gemacht hat. Wir haben uns daher nicht bei dem Zuständlichen, als solchen, aufzuhalten, sondern den Willen aufzusuchen, der jenes unter sich enthält, und auf diesen Punct verlegen wir die Zurechnung zurück. [10])

---

10) fr. 8 §. 1 D. ad Leg. Aquill. (9, 2): Mulionem quoque, si . . . impetum mularum retinere non potuerit . . . culpae nomine teneri. Idem

Was über die Abscheidung des Dolus von der Culpa gesagt ist, leidet Anwendung auch auf die Theilung der Culpa in zweierlei Grade. Nur ist hier noch zu bemerken, dass man die Puncte, von welchen aus nach Graden gemessen wird, die Sorgfalt des tüchtigen und des allergewöhnlichsten Menschen sich in ziemlicher Entfernung von einander, auch den Raum, der zwischen beiden ist, nicht als einen leeren denkt, sondern ihn mit allerlei Spielarten oder Untergraden ausfüllt. Nun muss es kommen, dass etwa der äusserste Untergrad der levis culpa dem Ausgangspuncte der lata culpa am allernächsten steht. Es hat daher schon keinen Sinn mehr, ihn dorthin und nicht vielmehr hierhin zu rechnen.

Aber bei der Bestimmung der leibhaftigen Maassstäbe selbst, des vorsichtigen, thätigen Hausvaters und dann des minder vorsichtigen, des gewöhnlichen Menschen, verräth sich die äusserste Naivität. Fragen wir, wie viel Vorsicht und Fleiss Jemand bei Besorgung seiner Schuldigkeiten aufzuwenden habe, so wird uns je nachdem geantwortet: die Vorsicht, den Fleiss des tüchtigen, oder auch des gewöhnlichen Mannes. Wollen wir dann aber wissen, wer der tüchtige, der gewöhnliche Mann sey, so belehrt man uns: ein Mann von tüchtigem, von gewöhnlichem Fleiss. Hier bleibt also nicht nur Jedes, welches das Andere bestimmen soll, selbst erst noch zu bestimmen, sondern es ist auch geradezu erklärt, dass das Eine, Welches das andere bestimmen soll, gerade vor Diesem Andern, durch Es zu bestimmende, seiner Eignen Bestimmung gewärtig sei.

Man hätte sich hiernach das Reden von solchen und andern Hausvätern ersparen und ebenso gut die triviale Wahrheit gleich heraussagen können: dass Fleiss und Thätigkeit in verschiedener Weise vorkommen, dass es von ihnen mehr und

---

dicitur et si propter infirmitatem. . . Nec videtur iniquum . . ., cum affectare quisque non debeat, in quo vel intelligit, vel intelligere debet, infirmitatem suam alii periculosam futuram.

auch weniger gebe. Allerdings wären wir dann, statt Wirkliche Unterschiede zu erfahren, nur mit dem leeren Begriffe des Unterschieds bedient.

Nachdem man in der Theorie der Culpa einmal das Bedürfniss empfunden hatte, sie auf etwas gleichsam Anschauliches, Wahrnehmbares zu gründen, konnte die Hervorbringung der fingirten Hausväter nicht ausbleiben. Das wirkliche Individuum können wir uns vorstellen, wie es mit Feuer und Licht umgeht, Küche und Keller, etwa auch den Acker bestellt, und für diese alltäglichen, gemeinen Verhältnisse alle mag sein Verhalten als Maassstab dienen. Aber mit ihnen ist die Fülle der rechtlichen Beziehungen weitaus nicht erschöpft. Unsere Quellen erwähnen in der Lehre von der Culpa unter andern auch Schiffer, Fuhrleute, Wirthe, Walker, Baumeister, Maler, Lehrer und Erzieher und deren Leistungen. Diese Dinge alle miteinander zu verstehen und zu betreiben, ist dem einzelnen und wirklichen Individuum nicht gegeben, und sollen jene Personen in ihrem Verhalten doch sämmtlich nach Einem Individuum beurtheilt werden, so kann dieses nur ein fingirtes seyn.

Dieses ist also Alles in Allem. Aber seine Universalität gerade ist es, die den Keim seiner Auflösung birgt.

Wenn wir von dem tüchtigen Hausvater reden, so ist diess gerade so viel, als ob wir einen guten Schiffer, Baumeister Maler, Erzieher u. s. w. nennten. Zwar giebt das Prädicat Gut eine Bestimmtheit hier so wenig als bei dem Pater familias in seiner Totalität: aber doch sind wir jetzt auf dem Wege, zu einer solchen zu gelangen. Weil nemlich das Wort Gut oder Tüchtig bei allen jenen Geschäfttreibenden gleichmässig vorkommt, so können hier nicht die Subjecte aus dem Prädicate, sondern muss umgekehrt das Prädicat aus den Subjecten seine Besonderung erhalten. Was heisst gut Schiffen, Bauen, Malen? Es heisst, das thun, was zu dem Schiffen, Bauen, Malen, das man vor hat, zu dem man verbindlich ist, gehört. Diligentia diligentis Patrisfamilias wäre also: sich Dem unterziehen, wozu man verpflichtet ist, und Das an-

wenden, was die Sache erfordert. Inhalt der Obligation und Erfüllung dieser sind Bestimmtheiten der Diligenz, welchen eine ebenso bestimmte Culpa als zurechenbares Zuwiderhandeln entspricht.

Hiernach ist das subjectiv Figürliche aufgegangen in einen ganz objectiven, sachlichen Gehalt.

Jene einzige Figur des römischen Rechts — gewöhnliche oder minder tüchtige Hausväter werden nicht genannt — soll also nicht eine Bestimmtheit des innerlichen Verhaltens bedeuten, sondern des Inhalts und der Erfüllung der Obligation. Damit ist zunächst auch der Culpa, welche dieser Diligentia entspricht, ihre Beziehung gewiesen. Sodann aber haben wir auch bei Nennung und Gegenüberstellung noch einer Andern Culpa nicht eine verwandte und doch verschiedene Zurechnung, überhaupt nicht im Civilrecht Grade der Zurechnung zu denken, sondern einen Gegensatz in jenem andern, allein bestimmbaren und bestimmten, somit auch allein zur Herausstellung bestimmter Unterschiede tauglichen, Element.

In einem Vertrag für levis oder lata culpa haften, hätte hiernach nicht den Sinn, dass man dort mehr Fleiss, Aufmerksamkeit anwenden, sich mehr anspannen müsse als hier. Dergleichen Stimmungen und innerliche Zustände einer Vertragsperson können der andern nur überaus gleichgültig sein. Auch vermengte ein Recht, das solche Maassstäbe anlegte, das bürgerliche mit dem geistlichen Interesse.

Vielmehr gehn Culpa levis und lata nothwendig auf eine Verschiedenheit entweder im Inhalt oder in der Erfüllung der Obligation. In Jener Beziehung hätte der Gegensatz die Bedeutung, dass die Grenze dessen, was man zu thun oder zu lassen hat, bald weiter, bald enger gezogen sei, immer aber eingehalten werden müsse. In der Letzteren Beziehung würde der Unterschied besagen: dass man Verträge bald halten müsse, bald auch nicht, je nachdem das Halten mehr oder weniger Aufmerksamkeit in Anspruch

nehme, dass rechtliche Verpflichtungen bald ernstlich gemeinte, bald auch nur gleichsam scheinbare seien.

Die letztere Auffassung als ganz verwerflich, die erstere als vernünftig und begründet in den Quellen nachzuweisen, wird in der Folge nicht schwer seyn.

Es ist hier am Orte, die drei Pandektenstellen zu berühren, in welcher neben der „levis culpa" einer andern Culpa, unter dem Namen „lata", „gravior", „dolo proxima" Erwähnung geschieht.

Sofern hier auch des dolus und der concreten Culpa gedacht wird, muss Einiges vorausgenommen werden, auf das bei Besprechung jener Materien ausführlicher einzugehen seyn wird. Es bezieht sich beim Dolus vornehmlich auf die Vermengung des Dolus, als Zurechnungsart, mit dem Dolus als Delikt.

Ulpian handelt[11]) von der Verpflichtung dessen, dem eine Erbschaft zu restituiren aufgegeben ist. Ein Solcher soll, wenn z. B. Sklaven gestorben oder andere Sachen zu Grunde gegangen sind, nicht herauszugeben schuldig seyn, was er nicht mehr hat. Nur wenn er am Untergange Schuld ist, ihn verursacht hat, soll er Rechenschaft geben. Aber auch in diesem Fall steht er für den Schaden nur alsdann ein, wenn seine Verschuldung unter den Gesichtspunct einer Dolosen fällt. Ferner wird der Erbe wegen lata culpa für den Abgang verantwortlich, wenn es angezeigt, an der Zeit war, Erbschaftssachen loszuschlagen und er diess unterliess. Levis Culpa geht ihm hin. Er braucht die Erbschaftssachen nicht auf einem andern Fusse zu behandeln, zu bewirthschaften, als er für seine eignen Sachen hergebracht hat.

Von dem Pfeiler der Gradeintheilung, dem Paterfamilias

---

11) fr. 22 §. 3 D. ad S. C. Trebell. (36, 1): . . si quis rogetur, restituere hereditatem, et vel servi decesserint, vel aliae res perierint, placet non cogi eum reddere, quod non habet, culpae plane reddere rationem: sed ejus quae dolo proxima est . . . Sed et si, cum distrahere deberet, non fecit lata culpa, non levi et rebus suis consueta negligentia, hujusmodi rei rationem reddet . . .

und seiner Diligentia, von Graden und Distanzen nirgends eine Spur.

Dass der Erbe wegen Dolus haftet, brauchte so fern nicht erwähnt zu werden, als diese Haftung immer und überall besteht, nicht durch diese oder jene Obligation erst eingeleitet wird. Dolus ist: wenn der Erbe seine zeitige Verfügungsgewalt über die Masse, das Unvermögen des Fideicommissars unmittelbar einzuschreiten, zur Beschädigung des Letzteren missbraucht. Ein solches Beschädigen „per occasionem juris civilis“ ist ein eigentlicher Dolusfall. Ihm gleich wird behandelt, was zwar nicht genau dasselbe ist, aber ungefähr auf das Nemliche hinauslauft: culpa, quae dolo proxima est.

Wie beim Verderbenlassen von Erbschaftssachen die „culpa dolo Proxima“, so soll insbesondere bei unterlassener Veräusserung erbschaftlicher Sachen „Lata culpa“ den Fiduciar verantwortlich machen. Nicht aber levis culpa — negligentia et rebus suis consueta. Was haben wir hier unter lata culpa zu denken und wie verhält sich zu ihr die levis? Mann könnte, wenn beide allein stünden, vielleicht denken, sie bedeuteten Gedankenlosigkeit, Trägheit, jene etwas mehr, diese etwas weniger davon. Allein die culpa lata ist, wie sonst gewöhnlich, so namentlich hier die: culpa dolo proxima. Es geht besonders daraus hervor, dass mit lata culpa in der mehr besonderen Beziehung des Verderbens der Erbschaftssachen wegen unterlassener Veräusserung gerade das Nemliche ausgedrückt werden will, was in der allgemeineren Beziehung des Verderbens und Verderbenlassens von Erbschaftssachen überhaupt vorher mit culpa dolo proxima bezeichnet ist.

Nun kann aber culpa dolo proxima niemals Gedankenlosigkeit, Trägheit bedeuten. Denn sie steht ja hart am Dolus, ist diesem verwandt, in Einem Element mit ihm. Dolus ist wesentlich Wille, Voraussicht. Wie aus viel Gedankenlosigkeit nicht Einige Gedanken werden, aus arger Schlaffheit nicht Einige Energie entsteht: so kann Culpa in

jenem vulgären Sinne so wenig zu einigem Dolus, als etwa ein grosser Fink zu einem kleinen Sperber werden.

Wenn also culpa Dolo proxima lediglich ein Analogon des Dolus, culpa Lata aber das Nemliche, was die Dolo Proxima ist: so ist auch die lata culpa hier specifisch Dolus. Und so haben wir bei der Nichtveräusserung von Erbschaftssachen, wie bei dem Verkommenlassen der Sklaven, ein Verhalten zu denken, welches auch dem dolus eigen ist, welches darauf hinaus will: ut lex circumscribatur. Ist es die magna, evidens calliditas, die schmutzige Gewinnsucht, wegen deren auch die actio de dolo gegeben wird, so konnte man veranlasst seyn, hier des dolus zu erwähnen, um anzudeuten, dass es wegen seiner nicht eines aparten judicium de dolo bedürfe, dass in dem judicium über die Fideicommisssache dem dolus ohnehin schon Rechnung getragen werde: in welchem Sinn des dolus bei den bonae fidei judicia unzähligemal gedacht wird. Oder ist es ein minder greller Fall des dolus, wegen dessen der Prätor die gehässige Dolusklage zu geben Bedenken tragen würde: so konnte man die Bemerkung geeignet finden, dass jene Art von dolus doch in dem Fideicommiss-judicium zu berücksichtigen sey.

Weil hier culpa lata als Dolose bestimmt und durch diesen Beisatz aus dem negativen Elemente, welches die culpa überhaupt, ganz besonders aber die levis culpa characterisiren soll, geradezu herausgenommen ist: so kann schon desshalb in der Gegenüberstellung der lata und levis culpa nicht eine Unterscheidung oder gar Gradeintheilung einer culpa Jener Art gefunden werden und darf daher die Frage der Beweiskraft der Stelle für dergleichen als erledigt gelten.

Fällt aber diese Bedeutung des „levis“ aus, so bleibt uns zunächst nur die negative, welche eben eine Andere culpa, als welche Dolus ist, bezeichnet. Wir wissen jetzt noch nicht mehr, als wenn es in der Stelle hiesse: venit dolus et culpa — wie in den Titeln über die bonae fidei judicia fast auf jeder Seite zu lesen ist.

Welches Positive aber denken wir, um doch nicht auf halbem Wege umzukehren, unter der culpa levis? Wo das Wort culpa vorkommt, haben wir grammatisch unter allerlei Bedeutungen die Wahl. Sehen wir von dem Verständniss der culpa, als eines Grades in dem Nicht-dolosen rechtswidrigen Verhalten ab, welches sich hier als unbrauchbar erwies, so bezeichnet sie z. B. die Ursache eines Erfolgs schlechthin,[12]) den Willen als Ursache eines Erfolgs — den Erfolg als That,[13]) die Widerrechtlichkeit der That,[14]) die Haftungspflicht dafür.[15]) Die erste Bedeutung fällt hier weg, weil sie mit der Zurechnung Nichts zu thun hat. Die letzte auch, da die Stelle die Haftungspflicht verneint. Es bleiben noch die zweite und dritte. Man könnte nun die culpa als Widerrechtlichkeit denken, d. h. als ein Thun mit Wissen des Eintretens eines den Fideicommissar in seinen Rechtserwartungen verkürzenden Erfolgs und Trotz jenes Wissens Entschliessung zu solchem Thun. Es liessen sich dann, je nach der Wahrscheinlichkeit und Voraussicht des Eintretens der Benachtheiligung, auch je nach der Absichtlichkeit oder nur Gleichgültigkeit, ja sogar Abgeneigtheit des Handelnden für den Erfolg, welchen sein Handeln herbeiführt, einige Unterschiede der culpa annehmen. Einen leichten Fall könnte man als Levis, einen mittleren als Lata culpa, einen ganz schweren als Dolus benamen.

Hätte nun die Methode der römischen Juristen die Zurechnung auch als ein Ganzes behandelt und dieses erschöpfend auszulegen gesucht, so wäre es doch nicht mit

---

12) fr. 5 §. 7 D. comm. (13, 6): machinae culpa.

13) Diese Bedeutung ist die gewöhnlichste und überall da anzunehmen, wo gesagt ist, dass culpa Nicht prästirt werde, d. h. dass eine Zufügung oder unterlassene Abwendung von Schaden im gegebenen Falle sich nicht als Widerrechtlichkeit herausstelle, nicht Ersatzpflicht begründe.

14) fr. 5 §. 1 D. ad leg. Aquil. (9, 2): ..quod non jure factum est, hoc est contra jus, id est si culpa quis occiderit.

15) fr. 1 §. 4 D. de his qui effuderint (9, 3): haec actio in eum datur, qui inhabitat cum quid dejiceretur vel effunderetur ... culpa enim penes eum est.

ihrem Verstand und Takt zu vereinen, dass sie da, wo es sich um Eine Sache und ihre Momente handelt, beliebige drei Fälle herausgreifen wollten, dass sie niemals das, was hier allein Ist, das Fallen und Steigen der Einen, Flüssigen Substanz, sondern immer das, was Nicht ist, das Punctuelle, Klaffende im Munde führten.

Auch klänge es sonderbar, bei einem Handeln dessen Widerrechtlichkeit auszusprechen und zugleich die Verantwortlichkeit dafür zu verneinen.

Wir sind darum jetzt auf die zweite Bedeutung der culpa verwiesen und haben unter dieser das rein Thatsächliche des Thuns oder Unterlassens mit schädlichem Erfolge zu verstehen, das seine Beurtheilung, als rechtlichen oder widerrechtlichen, erst noch zu empfangen hat und in der Stelle, wie sie unmittelbar hinter den Worten „culpa, non levi“ sich fortsetzt, auch wirklich empfängt. Denn da heisst es: die culpa, deren Gegensatz zur dolosen mit dem Worte „Levis“ ausgedrückt ist, müsse, um nicht verantwortlich zu machen, rebus suis consueta negligentia seyn.

Der Sinn der Stelle ist hiernach:

Wenn ein Abgang an Erbschaftssachen stattfindet, der seinen Grund hat im Begehn von Handlungen, die der Fiduciar zu unterlassen, im Unterlassen von Handlungen welche vorzunehmen er in der Lage war: so haftet derselbe, wenn sein Verhalten Dolus war, oder zu diesem gezogen wird. Ausserdem steht er nicht ein, falls er nur so mit den Erbschaftssachen verfahren ist, wie es seine Maxime und Uebung in Eignen Angelegenheiten mitbringt.

Denn mit den Erbschaftssachen sich zu befassen, sie vor Schaden zu bewahren, ist er, der in der Obligation zu restituiren steht, allerdings gehalten. Aber entweder restituirt er ohne Abzug der Quart, dann ist das ganze Verhältniss ihm nur lästig und nutzlos: oder er zieht seine Quart ab, dann ist er gleichsam Gemeinschafter des Fideicommissars und zu dieser Gemeinschaft durch den Act der Erbeinsetzung gerufen. Diese Thatsachen, theils einzeln

theils zusammen bewirken: dass der Institut zur Besorgung nur diejenige Fähigkeit mitzubringen braucht, welche ihm überhaupt gegeben ist, sodann dass er zum Abgehn von seinem sonstigen Berufe überhaupt Nicht, zu Besorgungen und Verwendungen nicht Weiter gehalten ist, als nach der Bewirthschaftungsart seines Eigenen und zusammen mit diesem, sich ausführbar zeigt.

In einer zweiten Stelle[16]) führt derselbe Ulpian aus, dass der Erbe dem Legatar für culpa dolo proxima und culpa levis einstehe, ausserdem auch diligentia anzuwenden habe. Die Stelle unterscheidet sich von der vorigen in so fern, als in ihr culpa Lata nicht genannt, auch die s. g. Concreta culpa, bei der Verschiedenheit des Verhältnisses des Erben zum Legatar von seinem Verhältnisse zum Universalfideicommissar, nicht hereingezogen ist. Die Bedeutung der Hier genannten zwei Arten von culpa anders zu nehmen als dieselbe vorhin entwickelt wurde, ist ein Grund nicht ersichtlich. Nur giebt die Erwähnung der Diligentia, neben und gegenüber der levis culpa, der Theorie der Grade, welche jene diligentia als die Kehrseite gerade der levis culpa selbst und als Deren Maassstab, im Vergleiche mit der Lata culpa anspricht, noch einen recht unsanften Stoss. Wenn zwar Hasse meint, die Steigerung der diligentia, welche der levis culpa entspricht, auf die zuletzt genannte diligentia so erklären zu können, dass Jene noch mit der Laxation der negligentia rebus suis consueta behaftet sey, mit Dieser aber der Anspruch bis auf Diligentia schlechthin sich erhebe: so sieht er hierbei die Hand vor den Augen nicht. Denn Einmal ist die diligentia, das Gegenstück der levis culpa, welche hart vor der zuletzt genannten diligentia steht, ja Selbst schon s. g. abstracte diligentia —

16) fr. 47 §. 5 D. de leg. I.: Culpa autem qualiter sit aestimanda, videamus: an non solum ea, quae dolo proxima sit, verum etiam quae levis est: an numquid et diligentia quoque exigenda est ab herede. Quod verius est.

diligentia diligentis patrisfamilias. Sodann wird die Negligentia auch Diligentia rebus suis consueta genannt und, ebensogut wie das Wort negligentia oder culpa, schliesst folglich auch das Wort Diligentia das Moment des s. g. Concreten ein. Nun ist aber immer nur von culpa et diligentia, non tantum culpa, sed etiam diligentia in den Quellen die Rede. Unerhört ist die Redeweise: diligentia et culpa, non tantum diligentia sed etiam culpa: ja für ein romanistisches Ohr beleidigend, zerreissend.

Was hieraus noch nebenher für die herkömmlichen Begriffe und Eintheilungen der culpa folgt, wird sich ergeben, wenn die Diligentia hauptsächlich zur Sprache kommt.

Die dritte und letzte Pandektenstelle, welche die levis culpa einer andern, die hier „Gravior" genannt wird, gegenüberstellt, ist von Modestinus. Sie empfängt Licht durch andere Stellen, welche unter der s. g. aquilischen Culpa zu besprechen seyn werden und wird desshalb ihre Betrachtung in jenen Abschnitt verlegt.

Bemerkt zu werden verdient noch, dass eine Begriffsbestimmung der Levis culpà von den römischen Juristen nirgends versucht ist. Dagegen giebt es eine solche für die Lata culpa. Sie findet sich in dem Pandektentitel, der nicht gerade zu den gehaltreichsten gehört: de verborum significatione. Von den beiden Stellen, in welchen sie vorkommt, ist die eine aus Ulpian, die andere gleichlautende aus Paulus genommen. Lata culpa soll seyn: non intelligere quod omnes intelligunt.[17])

Omnes lässt sich nicht wohl sagen, da der, welcher non intelligit, jedenfalls Nicht dabei ist. Es wird also vielmehr heissen sollen: Alle ausser diesem, oder besser: sehr Viele, die Meisten.

Sehr nahe liegt die Folgerung vom Wissen auf das Thun. Wenn nicht Wissen, was die Meisten wissen, culpa

17) fr. 223 D. verb. signif. (50, 16): latae culpae finis est, non intelligere quod omnes intelligunt.

lata ist, so muss es wohl ebenfalls culpa lata seyn, nicht zu Beobachten, Einzuhalten, was die Meisten Wahrnehmen, Ueben. Das Meiste ist natürlich das Gewöhnliche. Man kann nicht umhin, unter dem Gewöhnlichen sich etwas Unvollkommenes, Zweideutiges zu denken; daher die Geringe Vorsicht, der Mangelhafte Fleiss, oder auch die Vorsicht, der Fleiss wenig bedachter, nichts weniger als besonders sorgfältiger Menschen.

Nichtwissen ist ein Unglück und wird als solches bezeichnet z. B. bei dem Furiosus. Es kann auch Natürlich oder Zufällig seyn, wie bei dem Infans und noch verschiedenen andern in den Quellen genannten Individuen. Hier ist es überall nicht einmal culpa levis, geschweige denn lata culpa. Dagegen kann es vorkommen, dass man weiss, und nur so thut als wisse man nicht. Diess ist unstreitig sehr dolose. Weiss Einer aber wirklich Nicht, so ist diess dem Begriffe der Zurechnung gemäss Culpa nur dann, wenn er nicht wissen Will, wenn er, während er erfahren kann, nicht fragen mag. Hiermit willigt er allerdings in die Folgen solchen Nichtwissens. Ist das, was Einer nicht weiss, bei dem Ersten Besten, oder ist es zwar bei Wenigen, die aber auch zugänglich sind, und bei diesen ganz sicher zu erfahren: so liegt im Abweisen und Fernhalten solcher Belehrung sogar eine so unmittelbare und entschiedene Willigung in die Folgen dieses Nichtwissens, dass sie als culpa dolo Proxima sich darstellen oder auch vom Dolus selbst sich kaum noch unterscheiden mag. Die Anzahl deren, bei welchen man etwas erfahren kann, macht es nicht gerade aus. Z. B. sind der Juristen, deren Antworten auctoritas haben, nicht besonders viele. Gleichwohl schliesst das Nichtwissen dessen, was man, wie die Römer annehmen, bei ihnen mit Sicherheit erfahren kann, nämlich des Rechts, die Zurechnung zum Dolus nicht aus.

Statt non intelligere müsste es also heissen: non intelligere Velle.

Auf der andern Seite ist es misslich, die Meisten, die Gewöhnlichen Menschen als die vergleichungsweise Schlecht qualificirten darzustellen. Denn in den Quellen findet sich sogar ausgesprochen, dass gerade ein ganz pflichtgemässes Verhalten ein solches sey, welches der gemeinen Menschen-Natur entspreche. [18]) Wäre bei den Römern die Majorität in der That so schlimm vereigenschaftet gewesen, so hätte man bei ihnen, wie ihr Recht einmal ist, immer viele culpose Aufführungen auf wenige tadellose rechnen müssen. Es wäre dann, da ein Recht ja doch dem Volkscharacter sich anpassen soll, viel passender gewesen, die culpa lata statt der culpa levis für die Haftungspflicht zur Regel zu erheben.

Endlich wird das Recht gegenwärtig mit Vorliebe, gewiss auch mit Grund, eine Aeusserung des Volksgeistes genannt. Nun wäre fast nicht begreiflich, wie das römische bei so bewandten Umständen, in der Gestalt, die es hat, hätte entstehen und zu Festigkeit gelangen können.

Diese Betrachtungen nöthigen uns, die Omnes nicht so wörtlich zu nehmen. Vielmehr werden wir, wie schon vorher das „non intelligere" als Nichterfahren Wollen sich herausgestellt hat, so für die „omnes" den Begriff des Leichterfahren-Könnens zu substituiren haben. Dann hätten allerdings zur Veranschaulichung der Sache statt der Meisten oder Ersten Besten, ebenso gut einige Wenige, wie z. B. im Falle der Rechtsbelehrung, genannt werden können.

Es ist schwer anzunehmen, dass Ulpian und Paulus die Sache anders gemeint haben sollten. Vielleicht haben die zwei Stellen, in dem Zusammenhang, aus welchem sie gerissen sind, sich besser ausgenommen als jetzt. Wenn nicht, so sind es leicht hingeworfene Reden, welche die Theorie eben in die rechte Beziehung zu stellen und mit der sonst

---

18) fr. 32 D. Depositi (16, 3): .... etsi quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est. . .

erweislichen Vernunft des römischen Rechts in Einklang zu bringen hat.

Die Worte zu nehmen, wie sie eben für die Ohren lauten und in dieser Weise sie zu Trägern im Systeme zu machen, wäre Römischen Juristen wohl nie eingefallen und steht einer Zeit schlecht an, die nicht blos auf Zusammenlesen und Behalten von Lauten, sondern auf Wissenschaft und Methode Anspruch erhebt.

III. Etwas über Zurechnung überhaupt und über die herkömmlichen Zurechnungsarten.

(Fortsetzung.)

So viel steht wohl fest, dass auf den betretenen Wegen das Ziel nicht zu erreichen steht, qualitativ verschiedene Zurechnungsarten und in der Einen von diesen wieder Grade herauszustellen.

Nun könnte der Grund hiervon allerdings in der Unzulänglichkeit der bislang in Bewegung gesetzten Mittel liegen. Das wäre, in Betracht der namhaften Bequemlichkeit, welche das Resultat verheisst, nur eine Anfeuerung, die Anstrengungen zu verdoppeln. Der Grund könnte aber auch in der Verfehltheit des Vorhabens liegen. Dann wäre es vernünftiger, von der nutzlosen Arbeit abzulassen.

Es scheint, dass Letzteres der Theorie empfohlen werden müsse.

Sie selbst hat es beim Dolus immer nur mit dem bewussten Willen und seiner freien Bestimmung zu thun. Aber nur um des Nämlichen willen hat es das Recht überhaupt mit der Culpa zu thun.

Bleiben wir nun bei diesem Einen, um das es überall sich handelt, so kann uns nicht entgehen, dass das Wissen vom Recht nach allen seinen Beziehungen und Zwecken so viele Gestalten und Uebergänge aufzeigt als jedes andere Wissen, vom Anfang des Verständnisses einer Sache bis zu

dem Standpuncte, auf welchem sie begriffen, wohl gar schon über sie hinausgesehen wird.

So verhält es sich ganz auch mit dem Erkennen der Wirkungen des Aeusserlichen einer That für diesen oder jenen Erfolg, der Bedeutung und des Fortwirkens dieses Erfolgs in der Welt der Thatsachen, der er nun als eben solche angehört.

Oder nehmen wir das Eingehen in die Empfindung des Individuums, dem ein Uebel zugefügt wird, so lassen sich die Weisen nicht nennen und nicht zählen, die zwischen der Vorstellung eines Solchen spielen, welchem dergleichen nie geschehen und dem das betroffene Wesen fast so fremd wie eine andere Gattung ist, und eines Andern, der mit jenem Ein Leben führt, der Gleiches selbst schon empfunden und in dem der Eindruck noch frisch und lebendig ist.

Ein ähnlicher Fortgang stellt auch bei der Willensbestimmung sich dar, etwa von der Richtung, die den missbilligten Erfolg entschieden und ausschliesslich will, oder gegen sein Eintreten mehr oder minder gleichgültig ist, bis zu dem Verhalten, das sich darein nur ungern ergiebt, es eigentlich Nicht wünscht oder gar dagegen verkehrt so viel mit anderm Erfolg, um den es eigentlich zu thun ist, sich nur irgend vereinen lässt.

Das Nämliche wiederholt sich bei den Beweggründen, je nach ihrer Würdigkeit und je nach der Gestalt ihrer Einwirkung auf die unrechte That.

Die Erscheinungen, welche an jedem dieser Momente für sich vorkommen, treten eben so hervor und vervielfältigen sich ins Unendliche bei ihrer Combination. Die Uebergänge lassen sich denen des Lichts vergleichen von der Morgendämmerung bis zum hellsten Tag. Nirgends finden wir in dieser wirklichen Culpa feste Puncte, welche sich eigneten, an ihnen Einen Abschnitt abzuschliessen, einen Andern zu beginnen, nirgends solche Lücken und Sprünge, als an dem Dolus und der Culpa der Theorie zum Vorschein kommen.

Dass sie hier sich finden, rührt daher, dass man zwar Zurechnung zu lehren vorgiebt, aber nicht in dem Elemente der Zurechnung, in dem Willen Stellung nimmt, die Ausströmungen unter dieser Perspective sich ansieht und sie, so weit sie auch fortlaufen, auf diesen Ausgangspunct zurückführt: sondern beim Thatsächlichen, bei der Handlung, sofern sie Aeusserlich dem Erfolg am Nächsten ist, sich festpflanzt und von hier aus Umschau hält. Je nachdem nun in diesem Momente der Thäter Unrecht oder Anderes, oder gar Nichts weiss oder denkt, hat er mit Dolus oder auch nur mit Culpa gehandelt. In dieser Theorie liegen allerdings die Dinge recht weit und unvermittelt auseinander, und weil dieselbe doch für eine solche der Zurechnung, also der Willensbestimmtheiten sich ausgiebt, konnte die Vorstellung Eingang finden, als ob auch auf diesem Gebiete Abschnitte und leere Räume zu finden wären und die Sache in ihrem Fortgang an irgend welcher Stelle eine andere Natur annähme.

Nun bleibt aber die Theorie nicht bei der Sache, wenn sie von Zurechnung, also von dem Willen und Thun des Individuums gegen das Recht zu reden anfängt, und dann Zustände des Individuums an einem zufällig bestimmten Zeitpuncte zu beschreiben fortfährt. So wenig als wenn sie das Einemal die Handlung des Individuums mit dessen Bewusstseyn vom Recht und vom Erfolg, das Anderemal mit dem Paterfamilias vergleicht. Gerade als wenn Jemand einen vollständigen Begriff, etwa von der physiognomischen Bildung gewisser Individuen zu geben gedächte, und damit anfienge die Einen von vorne, und damit fortführe, die Andern von hinten zu zeigen. Wir wären unstreitig geneigt, hier nicht an eine Verkehrtheit oder ein Umspringen der Gesichter, sondern vielmehr an eine Verkehrtheit der Methode zu denken.

Dass das Individuum, sofern es Nicht denkt oder weiss oder thut, für die Zurechnung überhaupt nicht existirt, ist schon erörtert worden. Das Nicht-voraussehen des Erfolgs

bei der ihn verursachenden Handlung geht uns nicht an als Zustand, als Seyn, sondern als: durch Sich so Bestimmt seyn. Wer eine Handlung thut, weiss entweder, dass sie einen missbilligten Erfolg nothwendig, wahrscheinlich oder möglicher Weise herbeiführt. Wer aber Weiss der Will, mag auch der Erfolg nicht, oder vielleicht etwas ganz Anderes ihm Zweck oder Absicht seyn. Oder er weiss es nicht: dann hat er gegen seine Pflicht gehandelt, sich zu bedenken, zu belehren. Er hat nicht sehen, nicht wissen Wollen. Fehlt ihm aber Einsehen in die Natur der Thatsachen überhaupt und der Begriff der Pflicht: dann ist er Demens und die Zurechnung hört auf. Diese hat immer den Punct aufzusuchen, auf welchem sie Bewusstseyn und Willensbestimmung findet. Von hier aus bestimmt sie die Verhältnisse zum Erfolg. Sie hat niemals zu erwägen, Dass und gegen Welches Andere der Wille sich kehrt, sondern immer Sofort zu betrachten, Ob und Wie er hierbei gegen das Recht sich kehrt.

Wir haben es also ausser der Culpa, als dem Bestimmtseyn, immer auch noch mit dem Bestimmenden, wenn man will mit dem Dolus, zu thun. Welches von beiden mit dem Geschehen, das dem Erfolg am nächsten liegt, zusammenfalle, ist im Rechte nicht entscheidend. Der Dolus kann dahinter liegen, es selbst, als momentanes genommen, nur culpose seyn, und gleichwohl gilt es als Dolose. Nehmen wir als momentanen Zustand des Willens- und Erkenntnissmangels etwa die Betrunkenheit: so kommt alles auf das Wissen und die Absicht an, welche ihr vorangegangen sind. Oder denken wir den Zustand der Rechtsunwissenheit: wenn sie irgend zurechenbar ist, so hindert sie die volle Zurechnung nicht. Wer vom Denken über das Recht und von dessen Erfahren sich abhält, geht die Folgen solcher Selbstbestimmung ein. Ebenso kann im Vordergrunde Dolus stehen, die Culpa weiter zurückliegen und die That gilt nur als Culpose, wenigstens nach dieser Seite hin ermässigt: so beim Impetus, wenn Einer Leidenschaft, Erregtheit in sich

entstehen und wachsen, zur unrechten That sich so gleichsam hinreissen lässt.

Uebrigens haben wir auch den Dolus niemals rein. Denn der Dolus ist nicht der umgekehrte ewige Jude, auch nicht der Geist, der nur verneint. Er geht nicht aus sich heraus, um den Begriff der Negation des Rechts zu vollziehen, sondern handelt menschlich, mit Fleisch und Blut, ist behaftet mit diesen oder jenen Beweggründen, Wünschen, Absichten. Während er sich bestimmt, ist er auch immer schon so oder anders bestimmt. Der Dolus ist nicht nur: er ist auch Geworden. Wie es für das Recht keine Culpa giebt, die nicht in einer Absicht ruht, so thatsächlich keinen Vorsatz, an dessen Entstehen und Reife nicht allerlei Culpa betheiligt wäre.

Wollten wir nun auch annehmen, am Zeitpuncte des Geschehens wäre Dolus oder Culpa der vulgären Vorstellung allein: so wäre damit doch nichts bestimmt. Denn wenn wir vom Einen reden, wissen wir niemals wie viel vom Andern davor, wie weit dieses davonsteht. Auch in diesem Verhältnisse wieder sind Bedeutung und Beziehung der Momente für sich und gegeneinander unendlich verschieden und nach Categorien ebenfalls nicht zu bestimmen.

Aber so dürfen wir die Sache nicht einmal betrachten. Es giebt bei der Handlung nicht nur Dolus und Culpa, sondern Jedes von diesen hat das Andere an Sich. Das Seyn eines Jeden ist dessen Ganzes, d. h. Wahres Seyn, nur Zusammen mit seinem Gewordenseyn. Soll nun unser Begriff von der Sache ein Wahrer seyn, so dürfen wir nicht die Culpa als das Bestimmtseyn für sich, den Dolus als das Bestimmende ebenfalls für sich nehmen: vielmehr haben wir Jedes immer Mit dem Andern, mit seiner vollen Wechselbeziehung zu begreifen.

Dadurch, dass wir Dolus und Culpa nicht nur Beide, sondern beide als Eins fassen, gelangen wir dazu, die Handlung als ein Lebendiges, Ganzes, oder, was das Nämliche ist, das Individuum als Handelnd zu nehmen.

Nun mögen wir Classen von Individuen bilden, je nachdem diese so und so viel im Vermögen haben, bis zu so und so viel Fuss oder darüber messen. Wir erhalten hier in Wahrheit von Vielen etwas Gleiches, weil wir von ihnen nur Etwas, nur das Was an ihnen gleich ist, nehmen. Wollen wir sie aber nehmen Ganz wie sie sind, so ist der Begriff hiervon eben der, sie Nicht nach Classen oder Abtheilungen zu betrachten. Und weil es der Begriff der Zurechnung ist, die Handlungen Ganz wie sie Sind, d. h. als Individuelle herzustellen: so giebt es hier nicht Bestimmtheiten nach Categorien und Graden, sondern nur Individuelle Bestimmtheiten.

Zieht man von der Ganzen, Concreten Handlung etwas ab, so hat man statt jener eine Abstraction. Will man aber mittelst solcher Abstractionen etwas individualisiren, so fällt man auch aus diesem Begriffe wieder heraus und das Wahre an dem ganzen Treiben ist nur: der Widerspruch mit sich selbst.

Dolus und Culpa, die man als Categorien sich vorzustellen gewohnt ist, sind uns nun als Bestimmendes und durch Sich bestimmt Seyendes, und als die Wechselbeziehung beider, zu Momenten eines lebendigen Processes im Individuum geworden. Um jetzt noch mit einem von ihnen die Handlung zu messen und zu bestimmen, müsste man es erst aus jener Verbindung herausnehmen, und dann stellte sich die Sache nicht vernünftiger dar, als wenn man einen lebendigen Organismus mit diesen oder jenen Fasern oder Gefässen eines unlebendigen andern zu vergleichen gedächte. Hier haben wir es mit Körpern, dort mit Functionen zu thun. Die Sache lässt sich nur so anhören: dass ein Thun, bald als durch sich schon Bestimmtes, bald als sich Bestimmendes gedacht, näher oder entfernter ursächlich für den missbilligten Erfolg sey, dass Eines oder das Andere bei der rechtswidrigen That vergleichungsweise vorwiege oder zurücktrete.

Dass überhaupt diesen Verhältnissen auch bei der rechtlichen Beurtheilung der Handlungen entsprechende Rechnung

durchgehend getragen werde, lässt sich nicht behaupten. Dem Recht ist es in erster Reihe um seinen Bestand zu thun und, um jenen zu wahren, mag es an das Individuum ebenso entschieden die Forderung stellen, sich nicht in Zustände zu versetzen, welche die rechtliche Ordnung gefährden, als jene unmittelbar zu verletzen. So gilt es dem aquilischen Gesetze ganz gleich, ob eine und dieselbe Sachbeschädigung mit Dolus, oder ob sie levissima culpa geschieht. Ist gegen dieses Gesetz gefehlt, so entsteht eine Strafklage, während die actio de dolo selbst nur auf das Interesse geht. Beim Soldaten, der zur angesagten Stunde nicht marschbereit ist, wird nicht gefragt, ob er die Zeit über den Urlaub wissentlich vertändelte oder vielleicht bewusstlos verschlief.[19]) Wenn er seine Waffen aus Unachtsamkeit einbüsst, wird er gerade so behandelt, wie wenn er dieselben verkauft.[20]) Lässt er sich auf eine Unternehmung befehlswidrig ein, so trifft ihn die härteste Strafe, auch wenn die beste Absicht ihn leitete und sogar der Erfolg seine Absicht krönte.[21])

Die Beispiele liessen sich mit vielen vermehren. Wie hier dem Rechte Verschiedenes gleich ist, so nimmt auch Gleiches, je nach der Verbindung, die es in dem Individuum eingeht, eine verschiedene Bedeutung an. Beweggründe des Mitleids, der Gunst, die mit dem unrechten Thun des Einen aussöhnen, stellen sich als höchst verwerflich bei einem Andern dar. Furcht und Vermeiden des Uebels, welche für den Einen die Zurechnung mindern oder aufheben, gelten dem Andern als Verbrechen. Vorsatz, oder was es sey, gilt je nach den Personen bald mehr, bald minder.

Alle diese Dinge entscheiden also Nichts. Vielmehr haben wir immer gleich an das Ganze Individuum oder, was das Nemliche sagt, an die Individuelle Handlung zu gehen, welche immer Ganz und nach allen ihren Seiten Zugleich

---

19) fr. 3 §. 7 D. de re militari (49, 16).
20) fr. 3 §. 13 cod.
21) fr. 3 §. 15 cod.

zu betrachten ist: causa, persona, loco, tempore, qualitate, quantitate, eventu. 22)

Es wurde vorhin bemerkt, dass unserem Rechte mitunter an Einer Zurechnung genügt. Doch geht es vielfältig auch auf Bewusstseins- und Willensbestimmtheiten näher ein und wiegt nach ihnen die Folgen des Unrechts ab. Mag das Recht, nach Römischem Sinn, von seiner Verletzung Abschrecken, 23) oder nach einer neuern Anschauung diese vergelten wollen: das Mittel der Abschreckung oder Vergeltung

22) fr. 16 §. 1 D. de poenis (48, 19).

23) fr. 28 §. 15 D. de poenis (48, 19): famosos latrones in his locis, ubi grassati sunt, furca figendos compluribus placuit: ut conspectu deterreantur alii ab iisdem facinoribus. . . fr. 6 in f. D. de custodia et exhib. reorum (48, 3): ut vindicet in Exemplum, ne quid et aliud postea tale facere moliatur. fr. 1 pr. D. de abigeis (47, 14): . . . ad gladium damnari solent. Puniuntur autem durissime non ubique, sed ubi Frequentius est id genus maleficii.

Der Staat verzichtet darauf, einen Standpunct Ueber der Vernünftigkeit und Zweckmässigkeit zu gewinnen. Im Begriffe der rechtlichen Ordnung als der Wahren, Nothwendigen liegt, dass alles Seyn, das Gegen sie ist, ein Falsches Seyn und Aufzuheben sey. Ein Recht Gegen die rechtliche Ordnung giebt es nicht und diese, indem sie sich erhält, Bleibt vernünftig und ist Im Rechte. Ist sie nur selbst Vernünftig und Nothwendig, so ist Alles, was zu ihrer Erhaltung nothwendig ist, Darum Weil es diess ist, auch Gerecht. Also auch die Abschreckung vor der Verletzung des Rechts durch die Androhung des Strafübels, Wenn sie sich und So fern sie sich zur Erhaltung der rechtlichen Ordnung wirksam, d. h. Zweckmässig erweist. Für die nähere Bestimmung des zu drohenden Uebels selbst giebt es eine andere Richtschnur nicht, als eben das Erforderniss jenes Zwecks, und in dieser Hinsicht werden sich Art und Maass der Strafe nach Zeit, Ort und Umständen mannigfach gestalten. Ein Zu Viel der Strafe giebt es nur in so fern, als es ein Mehr, wie Nothwendig ist, und hiermit an dessen Rechtfertigung nicht mehr Theil hat.

Wenn man jetzt der Zweckmässigkeit Principien der Gerechtigkeit, Vergeltung u. s. w. gegenüberstellt, so thut man, als habe man damit den Standpunct des Absoluten betreten. In der That weiss man aus jenen Principien ein bestimmtes Maass für Etwas niemals abzuleiten. An die Stelle verständigen Ermessens tritt hier die Divination und die zweckmässige Ueberlegung verschwimmt im dunkeln Gefühl. Die unterschiedene, gedankenmässige Entfaltung der Sache ist wieder in die Eine Nacht des Begriffslosen versenkt.

kann so oder anders bemessen seyn, und dass es diess So und Nicht anders sey, ist immer nur aus einer entsprechenden Beschaffenheit des unrechten Willens vernünftig zu erklären. So haben wir bald Zurechnung überhaupt, bald eine Gewisse Zurechnung zu vollziehen.

In beiden Fällen ist die Aufgabe eine doppelte, zunächst: den Begriff der Handlung und der Zurechnung richtig zu bestimmen, wovon bisher gehandelt ist. Sodann die Handlung, als für die Zurechnung überhaupt, oder für eine besondere Zurechnung geeignet, aufzuzeigen.

Nun liesse sich annehmen, das Recht, welches Bewusstsein und Wille als Bedingung für die Zurechnung denkt, müsse doch auch jenes Bewusstseyn und jenen Willen in irgend welcher Bestimmtheit denken. Denn etwas Denken heisst am Ende doch wohl: etwas Bestimmtes denken. Glaubt man auch nicht mehr daran, dass in den Ausdrücken Dolus und Culpa eine solche Bestimmung zu finden sey, so kann man doch geneigt seyn, zu verlangen, dass der Gesetzgeber das Individuum, dem seine Sanktionen gelten, sich in irgend welcher Bestimmtheit vorgestellt habe und seine Vorstellung uns beschreibe und dass, wenn es etwa auch an letzterem fehle, wir mit den Erkenntnissmitteln, welche wir eben haben, in die Vorstellung des Gesetzgebers eindringen und mit ihr das Individuum, dem wir zuzurechnen haben, vergleichen müssten. Man könnte etwa auf die nächsten Umgebungen verweisen, in denen das Gesetz zu Stande kam. Es wird nicht erlassen worden seyn, ehe es durch gewisse Begehungen veranlasst, ja dringend geboten war. Als die Lex Cornelia de Sicariis et Veneficis vom Stapel lief, wird man lebhaft die Individuen sich haben vorstellen können, welche banditenmässig sich mit Waffen umhertrieben, oder Gifte feil hielten, und als die Lex Julia de Vi Publica Solche unter ihre Sanktion nahm, die bewaffnete Banden hielten, um damit auf Plünderung oder Emeute auszugehen, wird man recht gut gewusst haben, wer damit gemeint war. Daran könnten wir uns dann die Beispiele nehmen.

Irgend eingehende Beschreibungen liefern uns die Quellen nicht. Wollte ein Recht versuchen, solche zu geben, so würde es damit immer zugleich anfangen, die Unwahrheit zu reden. Denn wie ein Individuum und seine Handlung sey, lässt sich, wie schon nicht mehr bezweifelt werden dürfte, nicht so insgemein und zum Voraus sagen. Mit dem Herausgreifen eines muthmasslich vom Gesetzgeber vorgestellten wäre auch nicht geholfen. Denn das Individuum, welchem wir zurechnen wollten, könnte immer getrost sagen: so wie jenes bin ich nicht.

Wenn nun das Gesetz uns nicht sagen kann, welches das rechte Individuum sey, uns nicht lehren kann, dieses zu finden, so bleibt nichts übrig, als das Individuum zu nehmen wie es ist, und sein Recht zu finden. Dich haben wir, und du bist der und der. Das und das hast du gethan. Es ist gerecht, dass du Also büssest. Es kann nicht anders seyn, als dass das Amt des Richters das Amt des Gesetzgebers nach der positiven Seite erfülle.

Daraus ergiebt sich denn auch das Princip der Auslegung sowohl, als der Inhalt des Gesetzes. Dieses kann zunächst von der Zurechnung nur den Begriff und dessen Momente aufnehmen. Sodann kann es nur negative Geltung haben. Es kann uns nicht einen Fall nennen, in welchem zugerechnet werden müsste, sondern kann nur sagen, unter welchen Umständen es Zurechnung Nicht zulasse. Gerade wie eine Theorie des Beweises nicht angeben kann, wann etwas bewiesen sey, sondern nur, wann es für bewiesen gelten dürfe oder, was auf eins hinauskommt, in wessen Ermangelung die Sache Nicht bewiesen sey. Damit nahe verwandt ist die Frage von den s. g. bestimmten Strafgesetzen. Ganz aus demselben Grunde, aus welchem Individuen- und Handlungsbestimmungen zum Voraus und Gemeinhin nicht wahr, können Vorausbestimmungen von Strafen nicht gerecht seyn. Das Gesetz hat hier nur die Wahl entweder beim allgemeinen Begriff und der Berührung seiner Momente zu bleiben, für die Anwendung aber sich auf die Negative einzuschränken: dann

wird es vielleicht hier und dort unzulänglich erscheinen. Oder sich mit Einzelbestimmungen positiv zu befassen: dann wird es von vorne herein und durchgehend unwahr und unvernünftig seyn.

Die Bewusstseyns- und Willensbestimmtheiten haben ihren Inhalt theils am Gegenständlichen, theils am Subjecte. Dort bedeuten sie eine gewisse Richtung. Hier drücken sie Verhältnisse etwa des Umfangs und der Klarheit des Bewusstseins, der Freiheit und Entschiedenheit des Willens aus. Der Wille als Richtung hat dieselbe Begrenzung und Besonderheit, welche man dem Gegenständlichen giebt, auf das er sich bezieht. Dass der Wille seine Bedeutung vom Gegenstande empfängt, und um eine gewisse Bedeutung zu haben auf einen gewissen Gegenstand gerichtet seyn muss, bezeichnet man damit, dass eine gewisse Absicht zum Thatbestande gehöre. Die Römer sagen dafür bald Animus, Affectus, mit dem betreffenden Zusatz z. B. hostilis,[24]) occidendi,[25]) injuriae faciendae,[26]) bald auch Dolus,[27]) ohne solchen Zusatz. Je nach der Richtung der Absicht sondern sich die Thatbestände beim Unrecht, wie beim Recht die einzelnen Geschäfte. Wenn nun das Gegenständliche als Besonderes und Unterschiedenes festgehalten wird, so ist dagegen am Subjecte dessen mannigfacher Inhalt geeinigt als Individualität. Nehmen wir Beides zusammen, so haben wir ein Subject in einer Einzelnen Richtung, aber in dieser Richtung immer als ein Ganzes Subject. Da nun das Gegenständliche und die Richtung darauf stets als das Nemliche gedacht werden, welche Subjecte auch immer sie einschlagen mögen, so folgt: dass jene Richtung, welche wir Auch dolus nennen, für den dolus unter welchem man eine Zurechnungs-

---

24) fr. ult. D. ad leg. Iul. majest. (48, 4).

25) fr. 1 §. 3 D. ad leg. Corn. de sicar. et venef. (48, 8).

26) fr. 18 §. 4. fr. 26 D. de injur. et fam. libell. (47, 10).

27) fr. 3 in f. D. ad leg. Iul. majest. (48, 4). fr 1 pr. D. ad leg. Corn. de sicar. et venef. (48, 8). fr. 3 §. 1 D. de injur. et fam. libell. (47, 10).

art versteht, so wenig entscheidet, dass vielmehr jener erste dolus der Zurechnung in allen ihren individuellen Gestalten empfänglich ist.

Das römische Recht hält in seinen Normen über Zurechnung die Methode fest, welche als die sachgemässe vorhin angesprochen worden ist. Es hat den Begriff der Zurechnung und einen bündigen Ausdruck dafür.[28]) Es weist aus diesem Gebiete alles Geschehen, als solches, hinaus, erkennt Unrecht nur in dem Thun, als bewussten und freien und lässt eine Verantwortung des Individuums für irgend welche Erfolge, die es verursachte, nur in so fern zu, als es Bewusstseyn und Willensfreiheit, und mit diesen gehandelt hat. Auf die Art und Weise übergehend, wie das Individuum sein Denken und Wollen zu bethätigen habe, bestimmt es nur das Negative, dass übertriebene Forderungen hier zurückzuweisen seyen.[29]) Jene Gaben sollen nicht anders angewendet werden, als ihre Bestimmung verträgt, d. h. es soll Jemand nicht so viel Acht geben und vorkehren müssen, um Schädliches zu vermeiden, dass ihm am Ende nicht die Zeit und die Mittel blieben, Erspriessliches, Nützliches zu denken und zu thun. Der Anspruch ermässigt sich, je nach individuellen Verhältnissen. Schon aus dem Princip der Zurechnung, zu welchem das römische Recht sich bekennt, geht hervor, dass allen solchen Zuständen und Lagen des Individuums Rechnung getragen wird, welche als den Grund ihres Daseyns nicht dessen zurechenbares Thun haben. Hält man den Ausdruck für diess Alles zusammen objectiv, so wird er lauten: in seinem Thun gegen Andere soll Jeder das für die Gesammtheit, für

---

28) Imputare: fr. 11 pr. D. ad leg. Aquil. (9, 2). fr. 9 D. de distract. pignor. (20, 5).

29) fr. 3 D. ad leg. Aquil. (9, 2): culpam esse cum, quod a diligente provideri poterat, non esset provisum. fr. 9 §. 2 D. de jur. et facti ignor. (22, 6): ... recte Labeo definit, scientiam neque curiosissimi neque negligentissimi hominis accipiendam: verum ejus, qui eam rem diligenter inquirendo notam habere possit...

das Ganze zuträgliche Maass halten, je nach der Einsicht und der Kraft, die ihm verliehen sind. Fasst man die Sache subjectiv oder figürlich auf, so wird man mit den Römern sagen, nachtheilige Erfolge werden einem Individuum zugerechnet: cum, quod a diligenti provideri poterat, non esset provisum.

Es erweckt eine peinliche Empfindung, besorgen zu müssen, dass Manche in dem Quellenausspruch nur wieder den verkleideten Paterfamilias erkennen mögen, der in dem Worte „diligenti" sein Zeichen durch die Verhüllung uns entgegenstrecke.

Allein es heisst ja nicht: providetur, sondern: provideri poterat. Es will uns also nicht ein Exemplar vorgeführt werden, das es so und so macht, und dem wir nun absehen sollen, wie es seine Sache macht. Vielmehr werden wir auf das verwiesen, was Jemand thun, vorhersehen kann. Wodurch kann? Dadurch, dass er fleissig ist. Was heisst fleissig seyn? Das zu Rathe halten, anwenden, was man hat, und zwar mit der Kraft, welche man hat. Die Stelle ist hiernach so weit entfernt, ein allbereites, gleiches Maass für die Zurechnung liefern zu wollen, dass sie vielmehr deren individuelles Wesen selbst im Munde führt.

Das providere posse ändert sich von Person zu Person, von Ort zu Ort, von Zeit zu Zeit. Wer hier Alles über Ein Maass ziehen wollte, wäre einem kranken Manne zu vergleichen, der ein Recept nicht nur für sich, sondern gleich auch für seine Söhne und Enkel kaufte. Diese aber werden anders gesund und anders krank seyn als ihr Ahn und werden den Rothlauf einstmals vielleicht auch, aber jedenfalls anders haben als er.

Für das Thun des Individuums, welches den Anforderungen widerstreitet, die das Recht an es erhebt, führen die Quellen eine überreiche Tonleiter von subjectiven Verhaltensarten auf: propositum,[30]) consultum,[31]) petulantia,[32]) teme-

30) fr. 11 §. 2 D. de poenis (48, 19).
31) fr. 14 §. 9 D. de aedilitio edicto (21, 1).
32) fr. 16 §. 6 D. de poenis (48, 19).



ritas,[33]) luxuria,[34]) impetus,[35]) desidia,[36]) facilitas,[37]) impatientia,[38]) negligentia,[39]) securitas,[40]) imprudentia[41]) und zwar: levis, magna, lata, crassa, dissoluta, nimia, summa.[42]) Nirgends deuten sie auch nur leise an, dass eine derselben oder die andere einen Knoten darstelle in der Kette der Zurechnung. Es wäre auch kaum anders für diese oder jene eine solche Bedeutung ausfindig zu machen, als dass man etwa abzählte, wie oft der Ausdruck in den Quellen vorkomme. Aber auch so würde sich kaum ein merkliches Uebergewicht des einen gegen den andern ergeben. So von Allem verlassen, können wir nur das Eine annehmen, dass alle jene Dinge als das, was sie in der That Sind, nemlich als mannigfache Erscheinungen der individuellen Bewusstseyns- und Willensbestimmtheit, von dem römischen Rechte auch Anerkannt sind. Wenn sich für sie bei einem Juristen auch eine s. g. trichotomische,[43]) bei einem andern eine s. g. dychotomische Behandlung findet, so brauchen wir uns an diesem Widerspruche nicht einmal zu stossen. Denn wäre er auch nicht, so wüssten wir doch nicht, was wir von dem Vielerlei dem einen oder dem andern jener zwei oder drei Glieder anzureihen hätten.

Aber die Quellen nennen uns nicht nur solche einzelne Seelenzustände und Züge, sie nennen uns sogar ganze In-

---

33) fr. 1 pr. D. ad S. C. Turpill. (48, 16).
34) fr. 11 D. de incend. (47, 9).
35) fr. 11 §. 1 D. de poenis (48, 19).
36) fr. 12 D. de cust. et exhib. reor. (48, 3).
37) fr. 15 §. 6 D. ad leg. Iul. de adult. (48, 5).
38) fr. 38 §. 6 D. de poenis (48, 19).
39) fr. 12 pr. D. de cust. et exhib. reor. (48, 3).
40) fr. 6 D. de jur. et facti ignor. (22, 6).
41) fr. 2 §. 3 D. de negot. gestis (3, 5).
42) fr. 22 §. 3 D. ad S. C. Trebell. (36, 1). fr. 226 D. de verb. signific. (50, 16). fr. 7 §. 1 D. de susp. tut. (26, 10). fr. 6 D. de jur. et facti ignor. (22, 6). fr. 29 pr. D. Mandati (17, 1). fr. 9 §. 2 D. de jur. et facti ignor. (22, 6).
43) fr. 11 §. 2 D. de poenis (48, 19) Marcianus: delinquitur autem aut proposito, aut impetu, aut casu... fr. 5 §. 2 D. eod. Ulpianus: ... consulto admittitur ... casu.

dividuen und Stände, z. B. junge Leute, Landbauern, Recruten als Repräsentanten gewisser Zurechnungen.[44])

Es würde nun kaum unverständiger lauten, wenn wir von Recruten-, Bauern-zurechnungen und solchen für junge Leute sprächen, als wenn wir schülerhaft hersagen: Unrecht wird begangen consulto, impetu, casu oder dolo, culpa lata, culpa levi. Der Recrute wird nicht genannt, weil er so eben erst eingestanden ist, sondern weil wegen dieses Umstandes seine Begriffe von der Nothwendigkeit der Disciplin und von der Tragweite der Indisciplin, sein Einsehen in die verschiedene Bedeutung eines gewissen Betragens, je nachdem es im Lager oder unter Bürgern und Bauern statt findet, noch ganz anders beschaffen sind, als bei dem gedienten Mann. So soll auch das consulto, impetu nicht besagen: Unrecht ist entweder bedachtes oder übereiltes, und damit die Sache erschöpft seyn. Vielmehr ist der Sinn: dem Maasse der Bedachtsamkeit, mit welcher Jemand verfuhr, der Beschaffenheit der Eindrücke, denen er Spielraum gewährte, ist Rechnung zu tragen. Je nachdem ein solches oder anderes Moment überwiegt, wird sich die Zurechnung anders gestalten.

Es wird nicht nur der jungen und der gedienten Soldaten, es wird bei diesen auch noch des Grades[45]) gedacht. Nicht nur wird der Unterschied des Alters, sondern auch der des Geschlechts[46]) und vieles Andere noch als erheblich für die Zurechnung geachtet. Aber mit Allem genannten zusammen sollen die Weisen, in welchen Bewusstseyn und Wille erscheinen, nicht erschöpft seyn. Vielmehr sagen die Juristen schliesslich gerade heraus: es solle Alles in Allem gelten, was die Individualität der Handlung bestimme. Es solle ge-

---

44) fr. 16 §. 3 D. de poenis (48, 19). fr. 5 D. de lege Cornelia de falsis (48, 10). fr. 108 D. de div. reg. juris (50, 17). fr. 14 D. de poenis (48, 19). fr. 4 §. 15 D. de re militar. (49, 16).

45) fr. 2 D. eod.

46) fr. 6 pr. D. ad leg. Iul. peculat. (48, 13).

halten werden: pro delicti modo,[47] prout quisque admiserit.[48] Nichts für die Individualität der Handlung Erhebliches ist, dem nicht: ratio habetur.

Die zwei Eintheilungen, welche sich vorfinden, mögen als nicht gerade gelungene Versuche gelten, so recht überhaupt und obenhin den Lernenden Uebersichten zu geben. Wir haben uns dabei nicht aufzuhalten. Denn die Juristen, als Theoretiker nicht immer glücklich, aber in der Anwendung der Regeln, in der Entscheidung der Fälle nahezu unfehlbar, geben uns die Sache selbst in einer reichen und viel bessern Gestalt. Anders steht es in unserer Theorie, welche gerade die dürftige Form sich aneignet und über dem Schematisiren die Sache selbst und ihre Bewegung vergisst.

Die Eintheilung, welche hier die Hauptrolle spielt, in Dolus und zweierlei Culpa, kommt in dem damit verbundenen Sinne bei den römischen Juristen nicht vor. Diese setzen regelmässig dem dolus den Casus[49] entgegen, und wenn statt des letztern mitunter auch culpa vorkommt, so hat sie für diesen Zusammenhang gleiche Bedeutung mit ihm. Der Casus ist seiner Grundbedeutung nach ein Zufälliges, ein Geschehen als solches, im Gegensatz zu einem durch einen gewissen Willen Bestimmten Geschehen. Er kann nicht dazu dienen, ein subjectives Verhalten gegenüber einem andern solchen auszudrücken, da er ja an sich ein subjectives Verhalten überhaupt nicht ist. Seine technische Bedeutung ist daher nur eine Negative, nemlich ein

---

47) fr. 7 D. de leg. Fab. de Plag. (48, 15). fr. 14 §. 2 D. de cust. et exh. reorum (48, 3).

48) fr. 4 §. 2 D. ad leg. Iul. pecul. (48, 13). fr. 7 §. 3 D. de leg. Iul. repetund. (48, 11).

49) fr. 11 §. 2. fr. 5 §. 2 D. de poenis (48, 19). fr. 9 D. de incend. (47, 9). fr. 12 D. de cust. et exhib. reorum (48, 3). fr. 2 D. de termino moto (47, 21). fr. 7 §. 4 D. de jurisd. (2, 1). c. 1 Cod. ad leg. Corn. de Sic. (9, 16). fr. 23 §. 9. fr. 30 §. 3. fr. 32 D. ad leg. Aquil. (9, 2). fr. 1 §. 2 si is qui test. lib. (47, 4): culpa = qualiter, qualiter.

Geschehen oder auch ein Thun, welches ein solches, um das es sich gerade handelt, Nicht ist. Was für eines es sey, bleibt zunächst gleichgültig. Dem dolus einer gewissen Lex oder anderer Norm gegenüber bedeutet casus ein Thun, des die specifische Richtung, welche jener dolus ist, Nicht hat, ein Thun, welches Anders ist, als das zum Thatbestande der Lex geforderte und darum unter die Lex nicht fällt. Werden gar dolus, culpa, casus, wie Auch geschieht,[50] in Einem Zuge genannt, so erweist sich die Auffassung der beiden ersten Glieder, als zwei verschiedener Verschuldungsarten, vollends absurd. Man kann etwa von Reichthum und Gesundheit reden und einem vor dem andern den Vorzug geben. Wollte aber Jemand Einen der So reich und einen Andern der nur So reich, dann einen Dritten der Gesund sey in eine Reihe stellen: so müssten wir mit Grund argwöhnen, dass es mit seinem Denken nicht richtig stehe. Eine Gliederung, in welcher dolus, culpa Und casus vorkommen, kann nicht eine Gliederung von subjectivem Verhalten seyn, in welches ja das letzte Glied gar nicht mehr gehört. Dass hier vielmehr schädliche Erfolge, nach der Seite ihrer Prästation hin zu denken sind, also statt einer Scala subjectiver Verhaltens-arten vielmehr Prästations-arten, wird später noch vorkommen.

Wenn Jetzt noch im Strafrechte gelehrt wird, die Römer hätten die zusammenhängende Natur der Zurechnung Nicht erkannt, sie hätten eigentlich regelmässig nur Dolus, dagegen Culpa als eine Sache für sich, als res mali exempli, gleichsam nur sporadisch zur Verantwortung gezogen: so erinnert das an etwas, das im römischen Rechte vorkommt, ist aber im Ganzen, und so wie man es vorträgt, unwahr.

Es ist hier an Einem Beispiel genug.

Die lex Cornelia der sicariis et veneficis handelt unter andern von Solchen, die Menschen gewaltsam oder durch Gift ums Leben bringen. Sie sollen jenem Gesetze verfal-

---

50) fr. 5 §. 2 D. Comm. (13, 6). fr. 13 §. 1 D. de pign. act. (13, 7).

len, wenn sie dolo malo handelten. Culpa lata, bemerkt Paulus,[51]) stelle dieses Gesetz nicht dem dolus gleich. Damit in Verbindung lässt sich der Ausspruch des Marcianus [52]) bringen: dass die lex Cornelia es nur mit Solchen zu thun habe, die mit dem animus Necandi tödten, als welcher der vorhin erwähnte dolus bestimmt wird. Wenn etwa eine Weibsperson einer andern einen Trank eingebe, vermöge dessen sie fruchtbar werden soll, an dem sie aber stirbt, so schlage dieser Fall nicht in die lex Cornelia ein. Uebrigens verhänge ein Senatusconsult über solche Personen, die zwar nicht animo necandi, aber doch jedenfalls malo exemplo handeln, die Relegation. Die ordentliche Strafe der lex Cornelia ist Deportation.

Nun ist zu bemerken, dass wie bei manchen andern, so auch bei dem cornelischen Gesetze aus der Ueberschrift, die es in den Pandekten trägt, für seinen Inhalt durchaus nichts Bestimmtes gefolgert werden kann. Das Gesetz handelt nicht nur von Tödtungen, sondern auch von Lebensnachstellungen mit anderem oder ganz ohne Erfolg, ferner von Brandstiftung, falschem Zeugniss, Amtsmissbrauch, Bestechung, Castration, Aufruhr u. s. w. Dass alle diese Dinge unter Einem Gesetze begriffen sind, hat keinen andern Sinn, als dass über sie auf Einmal und auf Antrag Eines und Desselben Magistrats von den Comitien Beschluss gefasst wurde.

Hiernach ist es etwas ganz Anderes, das cornelische Gesetz commentiren, als das Verbrechen der Tödtung in seiner subjectiven Richtung erörtern. Und weil das cornelische Gesetz nur von Lebens-Nachstellungen handelt, muss

---

51) fr. 7 D. ad leg. Corn. de sic. (48, 8): in lege Cornelia dolus pro facto accipitur, nec in hac culpa lata pro dolo accipitur. Quare si quis alto se praecipitaverit et super alium venerit, eumque occiderit, aut putator ex arbore cum ramum dejiceret, non proclamaverit et praetereuntem occiderit: ad hujus Legis coercitionem non pertinet.

52) fr. 3 D. eod.

der Jurist natürlich sagen, dass andere als absichtliche Tödtungen ausser seinem Kreise liegen. Damit hat er aber so wenig über die bei der Tödtung denkbare Willensbestimmtheit des handelnden Subjects, als über die Natur der Zurechnung sich erklärt. Wenn ferner an Diesem Tage die Comitien gerade über Banditen und Giftmischer Beschluss fassten, so folgt daraus nicht, dass das römische Recht sonst sich nicht auch mit der Tödtung überhaupt befasse und die Zurechnung in dieser Hinsicht in ihrer Mannigfaltigkeit und Einheit begreife.

Dass diess in der That der Fall sei und die erweiterte Ansicht sogar in das cornelische Gesetz hineingetragen wurde, geht zunächst aus einem Erlasse des Imperator Hadrianus hervor: eum, qui hominem occidit, si non occidendi animo hoc admisit, absolvi Posse.[53]) Also: wer ausser den im cornelischen Gesetze vorgesehenen Fällen den Tod eines Menschen verursacht hat, der soll dafür zur Rechenschaft gezogen werden. Es soll nur ein Denkbarer, ein Möglicher Fall seyn, dass er frei ausgehe, und dieser Fall kann eben nur der seyn, dass es an den Bedingungen der Zurechnung gebricht.

Ferner berichtet uns Ulpian,[54]) dass die Praxis, welche die Lascivia geschehene Tödtung Auch, und zwar mit einer Geringern als der Strafe des cornelischen Gesetzes belegte, Billigung gefunden habe.

Endlich sind die Stellen, welche die Zurechnung hauptsächlich, und mit Berücksichtigung Aller für die Individualität des Falles relevirenden Umstände behandeln, hierher zu beziehen.

Hiernach haben wir aus der Erwähnung der res mali exempli nicht zu entnehmen, dass die Römer in ihrem Strafrecht eigentlich nur Zurechnung zum Dolus hatten, etwaige andere Zurechnung von jener im Begriffe isolirten und auch

53) fr. 1 §. 3 D. eod.
54) fr. 4 §. 1 D. eod.

nur so lücken- und stückweise zur Anwendung brachten. Die Juristen namentlich geben unzweideutig zu erkennen, nicht nur, dass sie die Zurechnung als Eines und Ganzes, sondern auch, dass sie Beides verstehn: nemlich erstens, ein Gesetz seinem gegebenen Inhalte gemäss zu commentiren, und zweitens, den Begriff, auch unabhängig davon, sachgemäss zu entwickeln.

Das Unrecht zieht als Folge nach sich: Strafe und Verpflichtung zum Schadenersatze. Nachdem das römische Strafrecht einmal über den Formalismus der publica judicia hinaus und damit der sachlichen Entwicklung vollständiger hingegeben war, entsprach der Mannigfaltigkeit und Unbestimmbarkeit der individuellen Zurechnung verhältnissmässige Unbestimmtheit und freies Ermessen in Zuerkennung der Strafen.[55]) Das Daseyn der letztern nöthigt auch zu einem Schluss rückwärts auf die Gestalt der römischen Zurechnung. Da nun die Strafbestimmung unendlich verschieden, aber nur dann vernünftig ist, wenn ihr eine Bestimmtheit der Zurechnung entspricht: so sollte man glauben, dass im Strafrecht gerade, wenn man doch einmal Grade haben will, unendlich viele Grade der Culpa aufgezählt werden müssten. Nun muss es gewiss bedenklich erscheinen, dass gerade die Lehrer des Strafrechts von Graden der Culpa nichts wissen, auch den Anfangspunct der Zurechnung nicht so gemeinhin bestimmen zu können glauben: während dagegen im Civilrecht der letztere ganz zuversichtlich fixirt und auch eine Culpaeintheilung, allerdings nur mit zwei oder drei Graden, festgehalten wird. Es ist früher schon bemerkt worden, dass es mit den Typen, welche die Grade vorstellen, mit den fleissigen und minder fleissigen Hausvätern, die eigenthümliche Bewandtniss hat, dass die Haus-

55) fr. 3 D. ad S. C. Turpill. (48, 16). fr. 4 §. 2 D. ad leg. Iul. pecul. (48, 13). fr. 7 D. ad leg. Fab. de plagiar. (48, 15). fr. 7 §. 3 ad leg. Iul. repetund. (48, 11). tit. D. de extraord. crimin. (47, 11). fr. 11 D. de poenis (48, 19).

väter ihre Qualification nach einem Mehr oder Minder von Fleiss und Güte, Letztere aber wieder ihre Bestimmtheit von eben jenen Hausvätern empfangen sollen. Hier besteht also in der Vorstellung der Gelehrten ein Barometer, so sinnreich als er in Wirklichkeit noch nicht erfunden ist: an welchem die Striche mit dem Quecksilber auf und niedersteigen, so dass wir zwar immer sehen, dass Beides zusammen Irgendwo, aber niemals wie das Eine gegen das Andere steht.

Uebrigens verhalte es sich mit diesen Graden wie es will, so wird jedenfalls die Bemerkung erlaubt seyn, dass von Zurechnung überhaupt nur in sofern die Rede zu seyn braucht, als an gewisse Erfolge, die zugerechnet werden, sich rechtliche Wirkungen knüpfen. Unterscheidet man dann, Im Gebiete des Zurechenbaren noch weiter gewisse Bewusstseyns- und Willensbestimmtheiten, so ist auch hierzu nur in sofern Grund, als diesen Unterschieden auch verschiedene rechtliche Folgen entsprechen. Wenden wir diese Sätze auf das bürgerliche Recht an, so könnte es nur dann Sinn und Zweck haben, in diesem von Mehr als Zurechnung überhaupt, von Graden der Zurechnung zu reden, wenn hier nicht Jedes widerrechtliche Thun zur Entschädigung verpflichtete, oder wenn zwar immer Schadloshaltung Folge der widerrechtlichen Schadenszufügung wäre, aber je nach dem Grade der Zurechnung der Schaden bald Ganz, bald auch nicht Ganz ersetzt zu werden brauchte.

In Beziehung auf den Ersten Punct nun pflegt man vorzutragen, dass Ausser der Obligation das Recht immer auf seiner Befolgung bestehe. Dagegen sey es In der Obligation anders. Hier gebe es Pflichtstellungen, namentlich solche, die keinen pecuniären Nutzen mit sich führen, die nicht so schlechthin brauchten eingehalten zu werden. Hier könne man es sich bequem machen. Nur wenn man es gar zu bunt treibe, werde man zum Ersatze widerrechtlich verursachten Schadens auch hier angehalten. Die Schule spricht sich ohngefähr so aus: wenn in der Obligation Einer keinen Vor-

theil zieht, so ist er nur wegen dolus und culpa lata verantwortlich. Ist dagegen das Verhältniss für ihn von Vortheil, so steht er auch für culpa levis ein.

Man reibt sich die Augen, um zu sehen, ob man auch richtig lese. Vielleicht, möchte man denken, ist die Sache anders gemeint. Es wird wohl heissen sollen, der Inhalt der Obligation sey in jenem Falle mitunter, oder auch regelmässig, ein anderer als in diesem. Das Recht fordere immer Beachtung und stelle nur seine Ansprüche bald so, bald anders. Aber nein. Man sagt nicht: das Recht fordert bald ein Mehr, bald ein Minder des Thuns, was in Einem Falle Recht ist, wird in einem Andern Falle zum Unrecht. Vielmehr sagt man: das Thun, zu dem wir verpflichtet sind, können wir manchmal lassen, manchmal auch nicht. Man handelt von der culpa unter dem Capitel der rechtswidrigen Handlungen, man nennt die culpa Unrecht, Rechtsverletzendes Thun. Das Unrecht, die Rechtsverletzung sollen erlaubt seyn, wenn man zum Vermeiden derselben seine Sinne zusammennehmen, gehörig aufmerken musste, es aber nicht thut. Es soll hingehen als culpa levis. Einstehen soll man nur, wenn man boshaft ist, oder den Schlendrian übertreibt: wegen dolus und culpa lata.

Nun sieht man wohl ein, und sagt es auch, dass z. B. mit dem Wesen des Vertrags die Bedingung: si volam, nicht vereinbar ist. Ich kann nicht in Einem Athem erklären, verpflichtet seyn zu wollen, es aber nur seyn zu wollen, sofern es mir gefällig ist, mit andern Worten: Nicht verpflichtet seyn zu wollen. Aber bis man zur Lehre von der culpa kommt, gedenkt man dieser Wahrheit schon nicht mehr. Man bringt hier deren Gegentheil so vor, als ob an der Sache gar nichts Besonderes wäre. Was bei dem Einzelwillen nicht gedenkbar ist, soll bei dem Rechte ganz gut möglich seyn, nemlich zu erklären: dass diess und jenes sein Wille sey, aber doch nicht so recht, indem man es auch anders machen könne, ohne jenem Willen entgegen zu seyn. Viel kürzer konnte ja das Recht sagen: dass bei gewissen

Obligationen dieses, bei andern jenes, da Mehr, dort Weniger erlaubt oder verboten, dass aber die Nichtachtung des einen wie des andern Gebots Culpa sey und den Folgen des Unrechts unterwerfe. Gewiss ist es anständiger, gleich das Rechte zu verlangen, als Viel anzusprechen und sich davon abhandeln zu lassen.

Die Andere vorhin berührte Frage betrifft den Umfang der Prästation widerrechtlicher Schadenszufügungen. Die Minderung, welche das Unrecht an dem Vermögen des Betroffenen hervorbringt, ist das Interesse, der Unterschied des beschädigten Vermögens von dem Vermögen das nicht beschädigt wäre. Bei dieser Auffassung des Interesse erweist sich die Eintheilung desselben in unmittelbares und mittelbares ziemlich unnütz. Bei dem unmittelbaren Interesse pflegt man die Sachen oder Leistungen so anzusehen, wie sie ausser ihrer Verbindung mit einem Vermögen sind, z. B. ein Thier nach dem Preise, den es auf dem Markte hat, eine Handthierung nach der Bezahlung, welche dafür zu geschehen pflegt. Das mittelbare Interesse dagegen soll ausdrücken, welche Bedeutung die Vernichtung oder Erhaltung einer Sache, das Geschehen oder Ausbleiben einer Leistung für das Vermögen des Berechtigten hat. Da nun durchaus nicht um der Sachen und Leistungen willen, sondern um des beschädigten Berechtigten willen Entschädigung geleistet wird, in Bezug auf diesen aber das, was ihm gehört, Vermögen und die einzelnen Sachen und Leistungen lediglich Dessen Bestandtheile sind: so ist die Entschädigung wesentlich Ausgleichung des Vermögens. Es ist nicht abzusehen, warum für sie der Maassstab etwa auf dem Markte gesucht werden sollte, wo die Thiere stehen, anstatt da, wo der Beschädigte steht und wie hiernach ein Recht zu einer Bestimmung des Interesse folgerichtig gelangen könnte, welches das mittelbare nicht mitbegriffe.

Die gewöhnliche Lehre glaubt die Sache im römischen Recht anders zu finden. Hier soll das mittelbare Interesse nur in Folge von Delikten geleistet werden. Bei andern

Obligationen, heisst es, soll in der Regel nur das unmittelbare Interesse in Betracht kommen. Nur wenn Dolus im Spiel ist, soll es gehalten werden wie bei den Vergehungen. Es lauft also Alles wieder auf Dolus oder Culpa hinaus. Wer mit Culpa beschädigt wird, empfängt seine Entschädigung nicht so, wie sie zur Ausgleichung seines Vermögens führt, sondern nach einem Maassstab, der das Sonderbare hat, dass er gerade auf den Beschädigten und sein Vermögen Nicht bezogen ist. So soll sich die Sache nach den römischen Juristen stellen.

Es ist nun nicht nöthig, sich bei den unzähligen Stellen aufzuhalten, welche von allem diesem das Gegentheil und das, was die Natur der Sache ist, bestätigen. Die Betrachtung der wenigen Aussprüche, welche man abweichend findet, genügt.

Ulpian,[56]) von der Verbindlichkeit aus dem Verkaufe handelnd, erzählt aus Julianus, dass dieser, wenn eine fehlerhafte Sache geliefert sey, einen Unterschied mache, je nachdem diess Mit Wissen oder Ohne Wissen des Verkäufers geschah. Wusste der Verkäufer Nicht, dass ein verkauftes Thier krank, ein verkaufter Balken schadhaft

56) fr. 13 pr. D. de act. emti vend. (19, 1): Julianus . . . inter eum qui sciens quid aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex emto. Ait enim: qui pecus morbosum aut tignum vitiosum vendidit, si quidem ignorans fecit, id tantum ex emto actione praestaturum, quanti minoris essem emturus, si id ita esse scissem. Si vero sciens reticuit et emtorem decepit, omnia detrimenta, quae ex ea emtione emtor traxerit, praestaturum ei. Sive igitur aedes vitio tigni corruerunt, aedium aestimationem, sive pecora contagione morbosi pecoris perierunt, quod interfuit idonee venisse, praestaturum.

Item qui furem vendidit aut fugitivum, si quidem sciens, praestare debebit quanti emptoris interfuit non decipi. Si vero ingnorans vendiderit: circa fugitivum quidem tenetur, quanti minoris emturus esset, si eum fugitivum scisset. Circa furem non tenetur. Differentiae ratio est, quod fugitivum quidem habere non licet, et quasi evictionis nomine tenetur venditor. Furem autem habere possumus.

Quod autem diximus „quanti emtoris interfuit non decipi“, multa continet: et si alios secum sollicitavit, ut fugerent, vel res quasdam abstulit.

sey, so soll er dem Käufer nur ersetzen müssen, was die verkaufte Sache wegen ihres Fehlers weniger werth ist als sie in gutem Zustande wäre. Wusste er dagegen den Fehler und verschwieg ihn und beliess dadurch den Käufer im Irrthum, so erweitert sich die Ersatzpflicht des Verkäufers dahin, dass er dem Käufer jeden Nachtheil, den dieser in Folge dieses Kaufes leidet, zu vergüten hat. Wenn also wegen der Schlechtigkeit des Balkens ein Gebäude eingestürzt ist, zu welchem jener verwendet wurde, so soll der Verkäufer den Werth des Gebäudes zahlen müssen. Kam durch das kranke Thier eine Seuche unter die andern Thiere des Käufers, so hat ihn der Verkäufer wegen aller schadlos zu halten. Noch folgt ein Beispiel von einem verkauften Sklaven, der Hang zum Umherziehen, zum Entweichen hat. Kannte der Verkäufer diese Eigenschaft, so soll er dem Käufer auch die Sklaven bezahlen, welche von dem verkauften zur Flucht verleitet worden sind, ferner die Sachen ersetzen, welche der entwichene Sklave stahl und mitnahm. Im Falle des Nichtwissens tritt auch hier die Verurtheilung nur auf den Betrag des Minderwerths ein.

Soll die Stelle etwas für die Theorie, die man mit ihr belegen will, beweisen, so muss erstens unter dem Verkauf mit Wissen ein Fall des Dolus, unter dem mit Nichtwissen ein Fall der Culpa zu verstehen seyn, und muss zweitens gerade Auf dem Daseyn, jenes oder dieser die verschiedene Bestimmung der Ersatzverbindlichkeit beruhen.

Julian selbst nennt den Dolus nicht. Er spricht lediglich von einem Solchen: qui sciens vendidit. Vielleicht hat der Klang des Worts, welches häufig in Verbindung mit dem Worte Dolus, wie sciens dolo, dolo malo sciens, vorkommt, dazu geführt, auch hier gleich an Dolus zu denken. Die Natur der Sache leitet hierhin nicht. Von dem Fehler der verkauften Sache Kenntniss haben und den Käufer betrügen wollen, sind ganz verschiedene Dinge, und ein Schluss vom ersten auf das zweite ist nicht gerechtfertigt. Alles Mögliche von dem man Kenntniss hat, lässt sich vergessen,

vernachlässigen, versäumen. In dem Behalten und der Anwendung dessen, von dem man Kenntniss hat, sind so viele Gestalten des Fleisses oder der Verschuldung denkbar, als in jeder andern Beziehung. Etwas, wovon man Kenntniss hat, dem Käufer nicht sagen, oder nicht zu rechter Zeit sagen, bedeutet hiernach nicht so viel als den Käufer betrügen. Es kann allerdings Dolus, allein eben so gut jedes andere zurechenbare Verhalten hier im Spiele seyn.

Aber in Verbindung mit dem sciens bringt die Stelle noch ein anderes Wort: si sciens ... Decepit. Jetzt, könnte man sagen, ist doch kein Zweifel mehr, dass der sciens ein Betrüger ist. Er hat ja den Käufer hinter das Licht führen, hat ihn täuschen wollen. Allein auch das decipere kann zwar eine solche Bedeutung haben, hat sie jedoch durchaus nicht immer. So findet sich, gar nicht sehr weit von der hier besprochenen, eine andere Stelle, in welcher von Jemanden gar einem Nesciens gegenüber gesagt ist: esse deceptum.[57]) Decipere bedeutet also, wie den Willen zur Täuschung, so auch das rein Thatsächliche des Belassens im Irrthum, des Nichtaufklärens, und es ist dann nicht viel anders, als wenn gesagt wäre: non certiorari, non convenire oder notum facere.

Die Bürgen z. B., welche zu Mehr als die Schuld beträgt dem Gläubiger verurtheilt sind, sollen gegen das Urtheil appelliren, wenn sie den wahren Schuldbetrag Wissen. Thun sie es in diesem Falle nicht, so wird von ihnen gesagt: dolo versati sunt.[58]) Doch fügt die Stelle, welche dieses sagt, gleich hinzu, was sich übrigens recht sehr von selbst versteht: dass auch Abhaltungen anderer Art gedenkbar seyen. So kann z. B. wegen Geldarmuth den Bürgen, welche wohl den wahren Schuldbetrag Wissen, die Ergreifung des Rechtsmittels beschwerlich fallen und aus diesem

57) fr. 21 D. de act. emti vend. (19, 1).
58) fr. 8 §. 7 D. Mand. (17, 1).

Grunde von ihnen unterlassen werden. Wie diese entschuldbare, lassen auch Schuldhafte Veranlassungen, sowohl in diesem Falle, als im Falle des Verschweigens dessen, was man weiss, sich in mannigfachster Weise denken und es sollte kaum ein Wort darüber verloren werden, dass wie Handlungen und Unterlassungen jeder Art, so auch diese zwar absichtlich, aber eben so gut aus Leichtsinn, Vergesslichkeit, Trägheit vor sich gehen können.

Ist doch Ulpian selbst, wenn er anderswo von scientia redet, so weit entfernt, hierunter ohne weiteres dolus zu verstehen, dass er zu bemerken nöthig findet, man habe hier nur an eine solche scientia zu denken: quae Et Voluntatem habet.[59])

Wenn wir nun unter dem sciens vendere ein Doloses Handeln, überhaupt ein so oder anders Bestimmtes zurechenbares Verhalten nicht zu denken haben, so bleibt nur die Bedeutung der vertragswidrigen rechtsverletzenden Handlung überhaupt Dass aber an eine solche ohne Unterschied die Schätzung des Interesse, wie die Stelle sie giebt, geknüpft ist, widerlegt schon die Beschränkung des mittelbaren Interesse auf Fälle des Dolus.

Uebrigens hat die Stelle auch eine andere Schätzung, welche in der Differenz des Sachwerths besteht. Nachdem man einmal jene erste Schätzung für den Dolus in Anspruch nahm, blieb fast nichts übrig, als diese andere auf die Culpa zu beziehen. Wenn nun auch das Wörtchen sciens mit einigem Schein verleiten mochte, den Dolus hereinzuziehen, so erinnert doch an Culpa hier Gar Nichts. Denn dem sciens wird lediglich ein Ignorans entgegengestellt. Wie nun das Ignorare mit Verschuldung zusammenfallen soll, ist schon schwer zu verstehen. Vollends aber stehn uns die Gedanken stille, wenn wir vernehmen: culpa sey, nicht zu sagen, was man nicht Weiss. Es gienge in der

---

59) fr. 1 §. 1 D. si famil. furt. secisse dic. (47, 6).

That über den durchtriebensten Dolus hinaus, Mehr zu sagen als man weiss.

Warum soll denn aber der Verkäufer hier doch Etwas, und zwar gerade den Minderwerth leisten? Man hätte, um diess begreiflich zu finden, nur z. B. an das Edikt der Aedilen denken dürfen. Verkauft Einer ein Thier, so ist er schuldig, dieses so wie es die andere Vertragsperson sich vorstellte oder füglich sich vorstellen mochte, d. h. in Normaler Beschaffenheit zu liefern. Hat das Thier Mängel, so wird der Werth dieses mangelhaften Thiers mit dem Werthe verglichen, den es als fehlerloses hätte, und diese Differenz vergütet der Verkäufer dem Käufer, ganz abgesehen von aller Verschuldung. Die Sache hat in dem judicium emti et venditi eine erweiterte Anwendung erhalten.

Hierzu ein Beispiel.

Wer einen diebischen Sklaven verkauft, ohne von dieser Eigenschaft Kenntniss zu haben, haftet für Nichts. Wer einen fugitivus verkauft, ist verhaftet für den Minderwerth, den wegen dieser Eigenschaft der Sklave hat.

Wäre hier der Entscheidungsgrund culpa, so müsste die Entscheidung für beide Fälle Gleich ausfallen. Dass sie Nicht gleich ausfällt, nöthigt uns einen andern Entscheidungsgrund zu unterstellen.

Welcher der wahre sey, sagt uns die Stelle selbst. Nemlich: wohl bei dem fur, nicht aber bei dem fugitivus sey der Käufer in der Lage: habere licere. In der Gewähr dieses habere licere aber besteht gerade die Verbindlichkeit des Verkäufers.

Hier handelt es sich also um eine Verpflichtung Aus dem Vertrag und um Vertrags-Erfüllung. Die letztere empfängt desshalb auch ihr Maass nur aus dem Vertrag und besteht in der Ergänzung des Vertragsgegenstandes.

In andern Fällen handelt es sich um Verpflichtung aus unrechter That. Hier geht die Verpflichtung auf Ausgleichung des Schadens, und dieser ist zu bestimmen nach den

Folgen, welche die unrechte That auf das Vermögen des Beschädigten äussert.

Hatte sich nun schon vorhin ergeben, erstens dass Ulpianus nicht von dolus, und zweitens, dass er nicht von culpa handelt, so ist jetzt drittens noch besonders erwiesen, dass er weder jenen noch diese zum Grund für eine besondere Interesse-Bestimmung nimmt.

Hiernach ergäbe die Stelle den einfachen und schlüssigen Sinn:

Die Natur des Verkaufs als bonae fidei negotium bringt es mit sich, dass der Verkäufer alle ihm bekannte Eigenschaften des Kaufgegenstandes, auf welche bei dem Geschäft Bedacht genommen zu werden pflegt, dem Käufer rückhaltlos offenbare. Thut er dies nicht, so wird ihn regelmässig der Vorwurf eines Verschuldens treffen und, Wenn diess der Fall ist, haftet er dem Käufer für dessen Interesse. Uebrigens ist, hiervon ganz abgesehen, der Kaufgegenstand in der Beschaffenheit zu liefern, auf welche die Rechtserwartung des Käufers gerichtet seyn darf, nach welcher ja auch der Preis bemessen ist. Hat die Sache diese Beschaffenheit nicht, so muss der Verkäufer so viel darauf legen, dass der Werth, welcher im Sinne des Vertrags liegt, herauskommt, oder so viel zurückzahlen, als die Differenz beträgt.

Es soll hier also nicht der dolus der culpa entgegengesetzt und für jenen eine andere Bestimmung des Interesse als für diese gegeben werden. Vielmehr ist von einem Fall die Rede, in welchem Verschuldung vorkommt, und von einem andern, in welchem solche Nicht untertsellt ist. Dort ist die Folge immer Leistung des Interesse, des mittelbaren wie des unmittelbaren. Hier ist von Interesse im Sinne der Schadloshaltung überhaupt nicht die Rede. Nur dort heisst es: Damnum praestet, hier: praestet, Quod Vendidit.

Mit der bisher besprochenen Kardinalstelle pflegt man einige Bemerkungen in Verbindung zu bringen, welche römische Juristen über Schadensrechnungen im Allgemeinen machen.

Paulus[60]) sagt: wenn der Verkäufer in der Lieferung des Vertragsobjects sich Verzug zu Schulden kommen lässt, so wird in seine Ersatzverbindlichkeit das ganze Interesse des Käufers gezogen — omnis utilitas emtoris in aestimationem venit — sofern jenes nur mit der Verzögerung der Lieferung auch wirklich zusammenhängt, durch den Verzug erweislich verursacht ist — circa rem ipsam consistit. Wenn der Käufer mit dem zu liefernden Wein vielleicht speculiren und dadurch grosse Gewinnste machen konnte: so wird hierauf nicht Rücksicht genommen. So wenig als wenn Getreide zu liefern war und wegen Mangels an Lebensmitteln nachher der Hausstand des Käufers Noth litt. Er kann hier weiter nichts als etwa den gestiegenen Preis der Lebensmittel in Anrechnung bringen.

Wie hier Paulus vom Verzuge des Verkäufers, so handelt anderwärts Hermogenianus[61]) vom Verzuge des Käufers und dessen Wirkungen. Zahlt der Käufer rechtzeitig den Kaufpreis nicht, so soll der Verkäufer als Schadloshaltung nur Zinsen anzusprechen haben, nicht etwaige Gewinnste, die mit dem Gelde vielleicht zu erzielen waren, wie z. B. wenn der Verkäufer ein Speculant ist und mit dem Kaufpreise mehr als gewöhnliche Zinsen machen konnte.

Sollten diese Stellen mit der gangbaren Theorie vereinigt werden, so müssten deren Vertheidiger zunächst darthun,

---

60) fr. 21 §. 3 D. de act. emti vend. (19, 1): Cum per venditorem steterit, quo minus rem tradat, omnis utilitas emtoris in aestimationem venit, quae modo circa rem ipsam consistit. Neque enim, si potuit ex vino puta negotiari et lucrum facere, id aestimandum est: non magis quam si triticum emerit et ob eam rem, quod non sit traditum, familia ejus fame laboraverit. Nam pretium tritici, non servorum fame necatorum consequitur . . .

61) fr. 19 D. de comm. et peric. r. v. (18, 6): Venditori, si emtor in pretio solvendo moram fecerit, usuras dumtaxat praestabit, non omne omnino, quod venditor mora non facta consequi potuit: veluti si negotiator fuit et, pretio soluto, ex mercibus plus quam ex usuris quaerere potuit.

dass in dem „circa rem ipsam consistere“ eine Umschreibung des s. g. unmittelbaren Interesse zu finden sey. Diess geht aber schon darum nicht an, weil ja jene Worte die „omnis utilitas“ näher zu bestimmen dienen sollen. Sodann wird dem Gewinn, welchen die Vertragsperson wirklich entbehrt, dem vermeintlich unmittelbaren, nicht ein anderer Gewinn entgegengesetzt, den sie ebenfalls wirklich entbehrt, aber als mittelbaren, und der Hierwegen nicht in Rechnung kommen soll: vielmehr wird jenem wirklich entgangenen Gewinn ein solcher gegenübergestellt, den sie facere Potuit, d. h. ein solcher, den sie Möglicher Weise machte, von dem es aber ungewiss ist, Ob sie ihn auch wirklich machte.

Aber vollends aus der Luft gegriffen und den Texten widersprechend ist die Meinung, dass hier von einer Schadloshaltung für dolus und von einer andern für culpa die Rede wäre. Dieses Gegensatzes gedenken die Juristen nicht mit einer Sylbe. Vielmehr handeln sie von der Mora und ihren Folgen. Die mora kommt aber eben so gut als dolose wie als culpose vor. Dass die Juristen für die mora überhaupt nur Einerlei Wirkung erörtern, spricht im Allgemeinen dafür, dass sie nicht verschiedene Schätzungsweisen für das Interesse haben. Dass sie insbesondere die Berechnungsart, welche man die unmittelbare nennt, auch für einen Fall, welcher Dolusfall seyn kann, anwenden, lässt nicht die Möglichkeit übrig, jene als eine besondere gerade für Culpafälle in Anspruch zu nehmen.

Es genügt, von den vielen Entscheidungen, welche dieses Verständniss der Sache bekräftigen, eine der schlagendsten zu berühren. Wer mir eine Sache zu liefern versprach, die ich nachher einem Andern unter Strafgeding zu liefern mich verpflichtete, und mich mit der Lieferung im Stiche lässt, der hat mich nicht nur rücksichtlich des Sachwerths schadlos zu halten, sondern muss mir neben diesem auch die Conventionalstrafe, der ich verfalle, ersetzen. Deutlicher kann nicht bezeugt werden, dass die Entschädigung nicht an der Sache, sondern an dem Vermögen des Beschädigten ge-

messen wird und dass der Maassstab für Fälle des dolus wie der culpa der gleiche ist.

Folglich ist es um eine Unterscheidung in dieser Weise den Juristen hier nicht zu thun. Sie wollen nur Schadensrechnungen, die ins Blaue hineingehn, abweisen. Sie wollen nicht dem dolus die culpa, dem s. g. unmittelbaren Interesse das s. g. mittelbare gegenüberstellen, vielmehr dem entgangenen Gewinn als einem verfolgbaren, erweislichen, den nur möglichen, zufälligen, durch Speculation oder am Ende gar im Glücksspiel Vielleicht zu erlangenden. Dieser soll niemals, Jener soll Immer berücksichtigt werden.

Wenn einestheils das römische Recht nichts von einer Verschiedenheit in der Interesse-bestimmung je nach einer Zurechnung zu dolus oder culpa weiss, so findet sich anderntheils für das Eine Erweisliche Interesse eine Grenze gezogen, die aus dem Princip der Zurechnung folgt.

Es ist von einem gewöhnlichen Sklaven die Rede,[62]) der um einen Mittelpreis verkauft ist, bei dem neuen Herrn aber zu einem aussergewöhnlichen Künstler sich ausbildet, den man in Schauspielhäusern für ungeheure Summen kann sehen lassen. Nachdem er sich so entwickelt hat, wird er dem Käufer evincirt. Hier soll der aussergewöhnliche Erfolg in die Schadensrechnung nicht gezogen werden.

Das römische Recht macht für verursachten Schaden nur in sofern verantwortlich, als dieser auf Voraussicht und Wille unmittelbar beruht, oder zwar zunächst auf einem Nichtwissen und Anders gemeinten Thun, zu dem aber Je-

---

62) fr. 43 D. de act. emti vend. (19, 1): . . de sumptibus vero, quos in erudiendum hominem emtor fecit, videndum est. Nam emti judicium ad eam quoque speciem sufficere existimo. Non enim pretium continet tantum, sed omne, quod interest emtoris, servum non evinci. Plane si in tantum pretium excedisse proponas, ut non sit cogitatum a venditore de tanta summa: veluti si ponas, agitatorem postea factum, vel pantomimam, evictum esse eum, qui minimo veniit pretio: iniquum videtur in magnam quantitatem obligari venditorem.

mand und Weil er dazu, mit der Erkenntniss oder zurechenbaren Nichterkenntniss seiner Folgen, sich bestimmt hat. Wenn nun an das Bewusstseyn nicht Allwissenheit, sondern was wahrzunehmen, zu erfahren steht, an den Willen nicht Vollkommenheit, sondern zweckmässige, berechnete Haltung angesprochen wird: so folgt, dass Jemand als Folgen Seines Thuns nur solche anzuerkennen hat, die nach dem regelmässigen, absehbaren Lauf der Dinge anzunehmen, zu berechnen sind. Solche sind z. B. bei dem Verkaufe eines schadhaften Balkens der Einsturz eines Gebäudes. Denn die regelmässige Bestimmung eines Balkens ist, als Material verwandt zu werden. Dahin gehört ferner die Seuche, welche das kranke Thier unter eine Heerde bringt. Denn die Art, Thiere zu halten, ist bekanntlich, sie mit andern ihresgleichen zusammenzustellen, auszutreiben. Hätte dagegen in Rom Jemand Schwefel und Salpeter, die einem Andern gehörten, unter seine Kohlen gestossen und die entstandene Explosion hätte ein Gebäude in die Luft gesprengt oder die Flamme gar einen Stadttheil in Asche gelegt: so hätte man die actio furti oder legis Aquiliae wohl wegen des entwendeten oder verdorbenen Schwefels oder Salpeters, letztere aber sicher nicht auf Schadloshaltung für das zertrümmerte Gebäude oder den Brandschaden gegeben.

Diese Zurückführung des Schadens auf das Bewusstseyn des Handelnden, das Anlegen des concreten Bewusstseyns an den Erfolg und das Ausscheiden des nur Thatsächlichen aus diesem, drückt der Jurist mit den Worten aus: non .... cogitatum a venditore de tanta summa.

Es handelt sich also auch hier wieder nicht um eine besondere Art der Interessebestimmung, sondern um Diejenige Bestimmung des Einen und Ganzen Interesse, welche aus der Natur der Zurechnung folgt.

Wenn hiernach ein Mehr oder Minder der Prästationspflicht widerrechtlicher Handlungen überhaupt nicht, folglich auch nicht je nach dem Umstande vorkommt, ob jene zum dolus oder zur culpa zuzurechnen seyen: so fällt ein sehr

namhafter Grund hinweg, verschiedene Zurechnungsarten für das bürgerliche Recht festzuhalten, und ist die Bahn zu einem andern Verständniss der Ausdrücke und Bestimmungen, welche so bezogen zu werden pflegen, von dieser Seite her geebnet.

Mag man nun die Verpflichtung zur Leistung des vollen Interesse im Ganzen oder nur in Beziehung auf die s. g. aquilische und dolose Schadenszufügung für begründet achten: immerhin nimmt man, im ersten Falle durchgehend, im zweiten in einer engern Beziehung verschiedene Erscheinungen am bürgerlichen Recht und am Strafrecht wahr. Jenes frägt nur nach der Zurechenbarkeit der That und hat alsdann für sie nur Einerlei Folge. Dieses berücksichtigt Im Gebiete der Zurechnung noch weitere Willensbestimmtheiten, wenn man will dolus und calpa, und misst je nachdem die Strafen aus. Dort weiss man nichts von Versuch. Hier wird auch dieser geahndet.

Der Grund liegt nahe.

Verletzt wird ein Recht nur als Das Recht, Welches es ist. Das Bürgerliche Recht ist das Recht des Einzelnen. Dieser Als Einzelner ist lediglich Vermögenssubject. Die Sachen als gehörig zu einem Vermögen, sind Quantitäten, Werthe.

Hieraus folgt zunächst, dass es für das bürgerliche Recht einen Versuch Nicht giebt. Das Vermögen wird verletzt nur durch seine Minderung, der Berechtigte wird hier aber nur als Vermögenssubject verletzt, also nur durch eine Handlung, welche das Vermögen mindert, oder: nicht durch eine Versuchte, sondern nur durch eine vollzogene Benachtheiligung.

Anders im Strafrecht. Hier ist der Berechtigte nicht der Einzelwille, der Wille als Willkür, wie er als Mittelpunct und Herr verfügbarer Dinge ist: vielmehr ist er hier als allgemeiner, vernünftiger, nothwendiger Wille. Zu seiner Verletzung gehört Beschädigung nicht. Er wird als Wille verletzt, seine Geltung wird negirt durch einen andern

Willen, wenn dieser sich nur bethätigt, sich auch nur gegen ihn Versucht.

Derselbe Gesichtspunct entscheidet bei den unter dolus und culpa vorgestellten Begehungsweisen. Wenn das bürgerliche Recht den Willen nur als Vermögenssubject Seine Verletzung nur in der Beschädigung oder Minderung des Vermögens erkennt, so folgt: dass hier der Umfang, die Verschiedenheit der zurechenbaren Beschädigung, zugleich die allein denkbare Verschiedenheit der Rechtsverletzung ist.

Wenn dagegen der Wille als nothwendiger, als rechtliche Ordnung verletzt wird durch jedes seine Geltung läugnende, irgendwie gegen ihn auftretende Thun: so sind hier Verschiedenheiten der Rechtsverletzung so viele, als Verschiedenheiten des Thuns nach der Seite der Bewusstseyns- und Willensbestimmtheit, oder: das zurechenbare Thun ist ein anderes als doloses, ein anderes als culposes.

Hiermit ist für das eine und das andere Recht der Character der Rechts-Verletzung gegeben.

Ist diese erfolgt, so tritt die Reaction ein und bestimmt des Nähern für jedes Recht sich so, wie sie zu dessen Herstellung, zur Ausgleichung führt.

Im bürgerlichen Recht ist das Maass der Verletzung immer durch das Maass der Beschädigung gegeben. Seine Herstellung ist daher immer die Entschädigung, die Ausgleichung des Vermögens-werths. Die hier allein denkbaren Verschiedenheiten sind die Entschädigungs-Beträge.

Dagegen liegt im Strafrecht der Schwerpunct im rechtsverletzenden Willen, gegen welchen es als gültig und als mächtig sich zu bewähren hat. Hier sind die Verletzungen verschieden, je nach der individuellen Bewusst-seyns- und Willens-bestimmtheit, mit welcher sie geschahen. Wenn das Strafrecht für dolus und culpa verschiedene Folgen hat, so hat diess nicht den Sinn, dass es jenen anders ausgleicht als diese, sondern dass es in jedem dieser Fälle anders Verletzt ist.

Dass „der Strafzwang und der Entschädigungszwang auf wesentlich verschiedenen Rechtsgründen beruhen“, ist eine Ausdrucksweise, die eher die Begriffe zu verwirren, als zu bestimmen dient. Will man damit sagen, dass bürgerliches Recht und Strafrecht verschiedene Forderungen stellen, und also verschieden verletzt werden, so ist diess allerdings wahr, aber damit an den verschiedenen Ausgleichungsweisen sachlich Nichts erklärt. Soll es aber heissen, dass beide im Princip des „Zwangs“, der Ausgleichung verschieden seyen, so ist dieser Ausspruch aller Folgerungen baar. Das bürgerliche Recht und das Strafrecht haben es immer mit der vollständigen Ausgleichung des Unrechts zu thun, und dies Princip giebt sich nur solchen Modalitäten hin, die aus der Rechtsverletzung entspringen, welcher es gerade gilt, mit andern Worten: das Princip der Ausgleichung, des Zwangs, ist immer das Eine und Gleiche, verschieden sind nur die Rechte welche, die Verletzungen gegen die sie auszugleichen sind.

IV. Dolus und Culpa.

Der Richtung, die Begriffe zu verkörpern und in Bildern darzustellen, haben wir den bonus paterfamilias zu danken. In unbewegten Zügen stellt er die Tugend im Civilrecht dar. Aber die Theorie, welche uns diese Augenweide giebt, kann neben dem Wesen, das im Lichte wandelt, uns den Anblick eines andern nicht ersparen, dessen Hässlichkeit im Vergleiche nur um so greller hervorspringt. Sie führt uns dem Verstecke zu, in dem der dolus lauert: auch immer der nemliche alte Bekannte, der seine gewissen Zeichen hat, den man immer mit den ohngefähr gleichen Mitteln hervorlockt oder auch austreibt. Er spielt dem Hausvater arg mit und dieser scheut ihn wie ein unreines Wesen, das die Krätze niemals los wird.

Diesen dolus sollen die Römer ursprünglich sogar allein gehabt haben. Später sey noch die culpa dazu gekommen.

In der That gedenken viele und gerade die alten Gesetze,[63]) auch Edicte,[64]) nur des dolus.

Wenn man nun von dem heutigen aufgeklärten Standpuncte ausgeht, aus welchem das Unrecht in dolus, culpa lata und culpa levis zerfällt: so erweist man entweder den ältern Römern die Ehre, diese Unterschiede auch gekannt zu haben. Dann hätten sie von den ihnen bekannten Arten des Unrechts Eine unter dem Namen dolus ausgeschieden und mit practischen Folgen belegt. Rücksichtlich der beiden andern hätten sie sich den müssigen Zeitvertreib gemacht, sie als Widerrechtlichkeiten zwar auch zu erkennen und zu erklären, aber wie Recht zu behandeln. Oder man spricht den ältern Römern die Kenntniss der culpa ab: dann ist aber die unabweisliche Folge, dass ihnen auch der dolus fremd war, den man der culpa gegenüberstellt.

Denn dolus als Eine Zurechnungsart von mehreren kennen, heisst so viel, als ihn selbst Und seinen Unterschied von jenen andern kennen. Das Unterschiedene aber wird erkannt gerade an Dem, von Welchem man es unterscheidet, oder: um Eines Als Unterschiedenes zu wissen, muss man das Eine Und das Andere wissen. Es lässt sich also nicht sagen, die Römer hätten zuerst nur Eine Zurechnungsart, den dolus, gekannt — nachher sey, durch juris interpretatio, auch noch die eine und die andere culpa hinzugefügt worden. Vielmehr sind nothwendig dolus und culpa Miteinander geworden. Erst in dem Maasse als das Eine wird,

---

63) fr. 1, fr. 3 in f. D. ad leg. Iul. majest. (48, 4). fr. 7, 43 D. ad leg. Iul. de adulteriis (48, 5). fr. 10 D. ad leg. Iul. de vi publ. (48, 6). fr. 1 pr. D. ad leg. Corn. de sic. et venef. (48, 8). fr. 1 D. ad leg. Pomp. de parricid (48, 9). fr. 1 pr. fr. 2 D. de lege Corn. de falsis (48, 10). fr. 1 D. ad leg. Iul. pecul. (48, 13). fr. 3, fr. 6 §. 2 D. de lege Fab. de plagiar. (48, 15).

64) fr. 1 D. depos. (16, 3). fr. 8 §. 6 D. de precar. (43, 26). fr. 1 D. si mens. fals. mod. dix. (11, 6). fr. 7 pr. §. 4 D. de jurisd. (2, 1). fr. 1 pr. D. de servo corr. (11, 3). fr. 15 §. 1 D. de judic. (5, 1). fr. 1 D. ne vis fiat ei qui in poss. (43, 4).

erhält man das Unterscheidungs- und Bestimmungsmittel für das Andere, wird also erst dieses Andere selbst.

Die erste der eben besprochenen Rücksichten lädt uns ein, die zweite nöthigt uns anzunehmen, dass die Römer den dolus als Zurechnungs-Art ursprünglich Nicht hatten. Wir haben daher unter scientia, dolus, welche in Gesetzen und Edicten regelmässig allein genannt sind, etwas Anderes zu denken. Mit scientia, dolus will Widerrechtliches bezeichnet werden und Etwas, das Bedingung für die Zurechnung ist. Da nun die Bedeutung der Art ausfällt, so bleibt nur die Bedeutung der Widerrechtlichkeit, der Zurechenbarkeit im Allgemeinen. Hiernach ist dolus die altrömische Zurechnung überhaupt und es ist gerade, als wenn statt seiner etwa injuria genannt wäre.

Es hat sich als weit vernünftiger schon herausgestellt, nur von Einer Zurechnung — sey es unter dem Namen dolus oder culpa — und deren mannigfachen Erscheinungsformen, als von dolus Und culpa zu reden. Der Fortgang besteht dann in der Auslegung dieses Einen. In so ferne hatten die Römer in der Einheit die wahre Form. Dass die Sache zu Anfang vergleichungsweise unentwickelt lag, versteht sich von selbst, und analoge Erscheinungen zeigen sich auf allen Gebieten des römischen und jedes andern Rechts. Wollte man von diesen andern Verhältnissen in der Weise reden, die man bei dem dolus zur Anwendung bringt, so würde es etwa lauten: die Römer hätten anfänglich nur zwei Verbrechen gehabt, perduellio und parricidium. Nach und nach seyen dann noch die verschiedenen anderen hinzugekommen. Die Deutschen, hiesse es, behalfen sich ursprünglich mit der Gewere. Mit der Zeit lernten sie dazu noch Eigenthum, Besitz und jus in re aliena nebst allerlei Gerechtsamen kennen. Man vergleicht wohl auch diese Dinge wie einzeln unter sich, so mit dem ältern, rohen Institute. Von Obligationen, könnte man sagen, hatten die Deutschen geraume Zeit nur Eine, „die Schuld.“ Allerlei Obligationen, die andern „Schulden“, kamen später hinzu.

Jetzt lautet es aber schon nicht mehr erträglich.

Die Obligationen kommen nicht zur Obligation. So wenig als zu einem Begriff die Exposition seines Inhalts. Er geht vielmehr in dieser auf, hat aber den ganzen Reichthum seines Inhalts immer schon In sich, gerade wie das Saatkorn die ganze Pflanze, das Ei der ganze Organismus als deren unentwickeltes Daseyn sind. Das äusserliche Zusammenbringen und Aneinanderlöthen des Stoffes giebt nicht eine zwiespaltige Natur der Sache, sondern vielmehr das Begrifflose der Behandlung kund.

Dass dolus den Römern das Unrecht überhaupt und die Zurechnung in ihrer Einheit war, ist zunächst dadurch beanzeigt, dass sie Ihn nur nennen.

Wir finden in Rom, namentlich zur bessern Zeit, jene Fruchtbarkeit der Gewalten nicht, welche in unsern Tagen Recht in Masse, ja sogar in Vorrath fertigt, so dass auch schon ein Theil der vorhandenen Gesetze hinreichend wäre, einen leidlichen Rechtszustand zu sichern, und man schon mit einem theilweisen Beobachten derselben sich zufrieden geben könnte. Vielmehr kommen die Römer mit der Formulirung des Rechts sparsam und nur in Folge dringlichen Bedürfnisses heraus. Darum ist anzunehmen, dass es ihnen um dessen Geltung Durchaus und um Abhaltung der Uebertretung Strenge zu thun war. Wenn aber diess der Fall ist und sie gleichwohl nur den dolus ahnden, so ist die Annahme besser gerechtfertigt, dass sie unter diesem Alles denken, was ihnen rechtsverletzend erscheint, als dass sie nebenher noch anderer Uebertretungsweisen gedenken, diese aber freigeben und so gleichsam dazu einladen.

Unmittelbarer bekundet sich die hier vertretene Auffassung im bürgerlichen Geschäftsleben. Die verborum obligatio beschränkt ihre Wirksamkeit auf das in die Verba gefasste, auf das Wörtlich ausgesprochene. So kann aber der Vertragswille seinen vollständigen Ausdruck, der Vertragszweck seine angemessene Verwirklichung gemeinhin nicht erlangen. Man zieht daher die doli clausula zu Hülfe,

um auch dem Gewollten, aber nicht wörtlich Erklärten gleiche Wirkung mit dem letztern zu verschaffen und es in den Bereich der stricten Klage zu ziehen. Was auf diesem Wege wirksam werden soll, kann es nur als Dolus werden.

Es wird gerade so und unter denselben Bedingungen wirksam vermittelst der doli clausula, wie das gegen die verba Verstossende ohne sie. Nun tritt aber in der letzteren Hinsicht Verfolgbarkeit durch Jedes imputable Zuwiderhandeln ein, also durch ebensolches auch in Folge der doli clausula in Deren Sphäre. „Cum ejus dolo factum esset" heisst hiernach nichts Anderes als: cum per eum staret, oder: dolus ist Vertragswidrigkeit, Rechtsverletzung überhaupt.

Nur das gleiche Verständniss lässt der von den Römern gebrauchte Ausdruck „Omnis dolus" zu. Er wird erläutert als die bis an die Grenze des Zurechenbaren sich erstreckende Verschuldung und somit als gleichbedeutend mit Widerrechtlichkeit gebraucht. Die mannigfaltigen Erscheinungsformen der letzteren sollen solche des dolus seyn.

So dürfen wir unter dem „doli capax esse", wie gemeinhin auch geschieht, lediglich Zurechnungsfähigkeit verstehn. Zwar kommen auch die Ausdrücke „injuriae, culpae capax" vor, aber es ist nirgends ersichtlich, dass mit ihnen etwas unter sich verschiedenes, oder dass mit allen dreien so viele species der Zurechnung ausgesagt werden wollen. Da z. B. das aquilische Gesetz Innerhalb der Sphäre der Zurechnung die Willensbestimmtheiten ganz gleich behandelt, so wäre die Frage nach der einen oder der andern von diesen eine durchaus müssige. Ferner fiele, so genommen, die Antwort immer zu enge und ungenügend aus, weil mit dem Bejahen Einer Art von Willensbestimmtheit, rücksichtlich der einen oder zwei Andern, auf welche es ja ebenfalls ankommt, nichts entschieden wäre.

Die culpa, ein Thun, welches einem Andern Nachtheil bringt, wird als magna, lata zur dolo proxima, und hiermit unter die Bestimmungen gezogen, die dem dolus gelten. In den Stellen, in welchen diess geschieht, will damit nicht an-

gedeutet werden, dass ein Thun, welches schon Unrecht sey, noch Unrechter werde, sondern dass ein schädliches Thun unter Umständen sich als widerrechtlich darstelle und in Folge dessen verantwortlich mache. Also drückt auch hier wieder dolus die Totalität des rechtswidrigen Verhaltens aus.

Endlich wird ein Verhalten vielfach als dolus bezeichnet und mit dessen Folgen belegt, das ein solches, wie es der exclusive dolus vorstellen soll, entweder offenbar nicht ist, oder bei welchem es darauf, dass es ein solches sey, in dem betreffenden Zusammenhange gar nicht ankommt.

Ulpian[65]) setzt einmal den Fall, dass ein Depositar die bei ihm hinterlegte Sache in beschädigtem Zustande beibringe. Der Deponent soll die actio depositi haben, sogut als wenn der Depositar die hinterlegte Sache gar nicht herausgäbe. Denn, meint er: cum deterior redditur, potest dici, dolo malo redditam non esse.

Man wird den Juristen hier nicht die Ungereimtheit wollen sagen lassen, dass gerade Hinterlegte Sachen Nur vorsätzlich beschädigt werden können und Desshalb die actio depositi hier immer Platz greife. Ebenso wenig aber wird sich annehmen lassen, der Jurist habe hier an einen Fall gedacht, in welchem eine vorsätzliche Beschädigung thatsächlich statt gefunden habe. Was sollte hier das „Potest dici“ sagen? Es hätte vielmehr einer Erklärung bedurft, wie das, was Vorsatz sey, Anders bezeichnet werden könne, als dass der Vorsatz sich Auch Vorsatz Nennen lasse. Wenn nun dolus in dem Sinne, welchen man ihm gegenüber der culpa giebt, hier nicht gemeint seyn kann, eine Widerrechtlichkeit zur Ersatzpflicht aber immer gefordert werden Muss, so erübrigt als rechtes Verständniss der Stelle nur: dass ein Zurückgeben der Sache im verdorbenen Zustande, den der Depositar verursachte, auf gänzliches Vorenthalten

65) fr. 1 §. 16 D. Depos. (16, 3): Si res deposita deterior reddatur, quasi non reddita agi depositi potest. Cum enim deterior redditur, potest dici, dolo malo redditam non esse.

hinauskomme. Solches sey unter Umständen der vom Depositar eingegangenen Verpflichtung zuwider und setze ihn dann der Klage aus. Das Vorenthalten, als Vertragswidriges, wird dolus genannt. Dass es nur je nach Umständen vertragswidrig oder dolus werde, ist mit dem „potest dici“ angedeutet. Denn derselbe Jurist zählt etwas später einige Fälle auf, in denen das „non reddere“ nicht sofort als Verletzung des Vertrags erscheint, z. B. wenn die hinterlegte Sache in weiter Entfernung oder an einem unzugänglichen Orte sich befindet, oder die Bedingung, auf welche die Rückgabe gestellt ist, noch schwebt.

In Bezug auf den zuletzt erwähnten Ausspruch ist zu bemerken, dass die Fälle, welche die Haftungspflicht des Depositars ausschliessen, offenbar solche bedeuten sollen, in denen Verschuldung überhaupt nicht vorliegt. Der dolus aber, welcher jener Nicht-verschuldung entgegengesetzt wird, kann logischer Weise nur Verschuldung, Vertragswidrigkeit überhaupt, nicht eine species davon seyn.

Die rei vindicatio geht, wie die hereditatis petitio, gegen den Besitzer. War dieser in bösem Glauben, so haftet er auch dann noch: si dolo possidere desiit. Für dolo possidere desiit steht auch: fecit quo minus possideret — und hierunter soll zu verstehen seyn: ut et Culpa in petitionem deduceretur.[66])

Auch hier also bedeutet dolus: imputables Verhalten oder Zuthun.

Vom Commodatar und Einem, der ihm gleichgehalten wird, heisst es: dass dolus und custodia zu vertreten seyen.[67]) Das Nemliche wird anderwärts als dolus, Culpa Et custodia bezeichnet. Dolus ist hier dolus und Culpa zugleich.

---

66) fr. 25 §. 3 D. de rei vind. (6, 1). fr. 36 D. eod. fr. 25 §. 8 D. de hered. pet. (5, 3). fr. 25 §. 2 D. eod.

67) fr. 10 §. 1 D. Comm. (13, 6): . . si quidem mea causa dedi . . . dolum mihi tantum praestabit, si sui, et custodiam . . .

Dass ein Verhalten als dolus argumentirt wird, welches thatsächlich ebenso gut als s. g. culpa sich herausstellen kann, kommt bei den römischen Juristen sonst noch vielfältig vor. Ueberall, wo es geschieht, geht schon aus diesem Grunde die s. g. culpa in dem dolus auf. Dass aber die Juristen z. B. bei dem Mandate so häufig die Frage erörtern, ob etwas unter dolus zu begreifen sey,[68]) sollte vollends alle Zweifel abschneiden. Denn hier werden ja ganz unbestritten alle Arten und Grade der culpa prästirt und es wäre daher ein unnützes Bemühen, herauszurechnen, ob dolus oder welcher andere der vermeintlichen Grade im einzelnen Falle vorliege. Wenn hier gleichwohl auf dolus abgehoben wird, um die Prästationspflicht zu begründen, so kann dieser dolus nicht eine Willens-Art, sondern nur das rechtswidrige Verhalten, die Zurechenbarkeit überhaupt zu bedeuten haben.

Mit dieser Grundbedeutung des dolus ist nun auch sein Gegensatz gegeben. Dieser muss sich nemlich auf dem Gebiete finden, welches ausserhalb der Zurechnung liegt, sey es nun, dass ein Geschehen als rechtswidrig überhaupt nicht, oder nur nicht unter eine bestimmte lex oder sonstige Norm zu begreifen sey. In der That setzen auch die Römer ihrem dolus regelmässig den casus, das rechtlich überhaupt oder beziehungsweise Indifferente entgegen. Allerdings bedeutet casus auch das ganz thatsächliche oder willenlose Geschehen. Aber als solches beschäftigt er weniger das Recht. Dieses fasst ihn ins Auge vornehmlich nur so ferne er Thun ist, und zwar irgendwie schädliches, verletzendes Thun, welches nur noch nicht unter eine rechtliche Sanction fällt, entweder überhaupt nicht, oder nicht unter die der Norm, um welche es sich gerade handelt. Dieses casuelle schädliche Thun wird auch culpa genannt und zwar ist das die Bedeutung des Worts, in welcher es vorherrschend gebraucht wird. Dadurch, dass die culpa Schäd-

---

68) fr. 8 §. 8, 9. fr. 29 pr., §. 1, 2. fr. 44 D. Mand. (17, 1).

liches Thun ist, wird sie nicht gleich Widerrechtliches Thun. Wir können Jemanden an Dingen, auf welche er Recht hat, benachtheiligen z. B. durch Ausübung Eigenen Rechts. Gegenseitiges Beschädigen kommt vor in dem erlaubten Verkehr, oder auch ausser diesem, ohne Vergehung zu seyn. Man denke in letzter Beziehung z. B. an die schrittweise Erweiterung des aquilischen Gesetzes durch die Interpretation. Dass die Beschädigung widerrechtlich sey, erfordert immer noch besondere Begründung: entweder in öffentlichem Verbot oder in Begebung durch eigenen Willen. Hiernach Kann die culpa widerrechtliche, zurechenbare seyn. Als solche kennzeichnen sie die Beisätze lata, dolo proxima, welche sie unter die Dolus-bestimmung ziehen. Hiermit soll nicht so sehr über culpose Willensbestimmtheit etwas Positives ausgesagt, als vielmehr nur erklärt werden: ein schädliches Thun, das unter eine gewisse Sanction nach deren unmittelbarem Verständniss Nicht falle, könne einen Character annehmen, durch den es dem dolus, der dort gemeint ist, analog werde, und Wenn diess der Fall sey, behandle man es gleich jenem. Dagegen bleibt bei der culpa schlechthin deren Widerrechtlichkeit stets eine offene Frage. Sie wird, mit Rücksicht auf die Prästationspflicht, von den Juristen häufig aufgeworfen und, was für sich allein genug sagt und nicht hätte übersehen werden sollen, der Entscheidung in Gemeinschaft mit dem Casus Fortuitus unterzogen.[69]) Auch kann man über culpa paciscirен, was dem Geiste des römischen Rechts nicht entspräche, wenn unter ihr etwas dem Recht, der Sittlichkeit Zuwiderlaufendes zu denken wäre.

Wenn in der römischen Gesetzessprache regelmässig nur der Eine Ausdruck dolus wiederkehrt und die Totalität der Zurechnung einschliesst, so erscheint dies zunächst als eine Armuth der Sprache. Die Armuth der Sprache aber

69) fr. 5 §. 2 D. Comm. (13, 6). fr. 17 §. 2 D. de praescr. verb. (19, 5). fr. 1 §. 35 D. depos. (16, 3).

kündigt eine Rohheit des Begriffs an, in welchem der Reichthum der nachfolgenden Entfaltung noch chaotisch liegt. Wie an seinem Anfang das Recht nur grobe, ungelenke Bildungen aufzeigt, so haben wir auch für das unrechtliche Bewusstseyn nur geringe Gliederung in Anspruch zu nehmen. Es ist schon von Andern hervorgehoben, wie das Thier, dessen Sündigen das römische Recht als Reliquie einer zurückgelegten Anschauungsweise noch fortführt, Nur Unart oder Tücke, Nur Pauperies begehen kann. Man könnte Aehnliches vom Kinde sagen. Bei dem Thier ist es dabei geblieben. Am menschlichen Thun, am rechten wie am unrechten, offenbart sich zunehmend eine Mannigfaltigkeit von Bewusstseyns- und Willensbestimmtheiten, welche die Zurechnung wahrzunehmen hat und welche ihren Stoff bereichern. Ferner ist es der Gang des Individuums, der Wirklichkeit Herr zu werden, das Geschehen zunehmend vorzusehen, zu bestimmen. So haben wir anzunehmen, dass auch die Zurechnung ihr Feld erweitert, das Gebiet des casus überzogen hat. Wenn wir in den Quellen lesen „casu delinquere, committere", so dürfen wir doch wohl nicht annehmen, dass die Römer an ein Handeln aus casus geglaubt hätten, sondern es muss hierin die Andeutung gefunden werden, dass ein gewisses Verhalten, ursprünglich über der Grenze der Zurechnung — des dolus — gelegen, dann aber in diese hereingezogen, den altheimatlichen Namen fortgeführt hat.

So wenig als der casus hat die culpa oder negligentia Anspruch, eine Summe von subjectiven Verhaltensarten gegen den dolus, dem der Rest zukomme, zu bedeuten. Eine ausschliessende Stellung gegen den dolus hat sie nur so lange, als sie ausser der Zurechnung steht. Ist sie einmal in die Zurechnung hinübergegangen, so hat sie in dieser einestheils keine vornehmere Bedeutung mehr als die lascivia, segnities, desidia oder jede andere aus den Dutzenden von Bezeichnungen, welche die Quellen für die unübersehbaren Dispositionen des Bewusstseyns und des Willens haben und

mit welchen sie der individuellen Bestimmtheit möglichst nahe zu rücken suchen. Anderntheils tragen die Juristen kein Bedenken, von der culpa zu sagen: Est dolus.[70]) Eine Art der vulgären culpa, die luxuria, halten sie mit dem dolus für Eins. Sie sprechen nicht nur von Lata culpa, sondern auch von Tam lata, d. h. von einer Mehr oder Minder groben und einer So groben, dass sie sich in dem dolus verliert.[71]) So begreifen die Juristen die Ganze und Erweiterte Zurechnung wie unter dolus, so auch unter culpa, wenn sie des letztern Ausdrucks zur Bezeichnung des Widerrechtlichen je sich bedienen.

Von vielen rechtswidrigen Handlungen pflegt man vorzutragen, dass sie nur mit dolus können begangen werden, dass hier dolus zum Thatbestande gehöre. Dabei nimmt man dolus im hergebrachten Sinn als: vorsätzliche Beschädigung, absichtliches Unrecht oder auch Rechtsverletzung als Zweck. Die Durchsicht der Titel, welche von den strafbaren Begehungen handeln, denen jene Bestimmung vornehmlich gelten soll, ergiebt die Falschheit der Lehre.

Wer eigenmächtig einen fremden Sklaven foltert, begeht Injurie am Herrn. Nach Ulpian[72]) soll der Eigenthümer die Injurienklage selbst dann haben, wenn der Sklave auf sein Geheiss der peinlichen Frage unterzogen, aber das vorgeschriebene Maass überschritten wurde.

Hier ist nicht Verletzung des Rechts, sondern Herstellung des Rechts, durch Erforschung der Wahrheit, der Zweck. Hierauf geht auch die Absicht, nicht auf Kränkung des Herrn. Endlich muss selbst angenommen werden, dass die Ueberschreitung hier im Uebermaass des Eifers und im

---

70) fr. 226 D. de verb. signif. (50, 16).

71) fr. 11 D. de incend. (47, 9).

72) fr. 15 §. 42 D. de injuriis et fam. lib. (47, 10): Sed et si jussu domini quis quaestionem habeat, modum tamen excesserit, teneri eum Labeo ait.

Vergessen der Vorschrift geschah: sonst hätte der Fall nichts Besonderes, fiele unter die gemeine ganz unbezweifelte Regel und wäre die Casuistik völlig zwecklos und leer.

Das wäre also eine culpose Injurie. Der Herr hätte unstreitig die aquilische Klage, wenn der Sklave beschädigt oder entwerthet wäre. Man giebt die Injurienklage, weil er nur gepeinigt ist.

Wer einem flüchtigen Sklaven nachsetzt und statt dessen einen auf der Reise befindlichen Freien einfängt, kann von diesem mit der Injurienklage belangt werden.[73]). Hier mit der Glosse zu ergänzen: wenn es Wissentlich geschah, ist nicht räthlich. Die Stelle gäbe dann den Sinn: wer einen Bürger, den er kennt, wie einen Sklaven misshandelt, wenn ihm ein Sklave entlaufen ist, begeht Injurie. Das wäre zu fade. Ueberdiess weisen die Worte „Pro fugitivo“ auf eine Verwechslung, einen Irrthum hin, der nur nicht völlig entschuldbar ist.

Wer einer Frau, die sich öffentlich zeigt, aus Galanterie seine Begleitung anträgt, soll dem Edicte über Ehrenkränkung nicht sogleich verfallen.[74]) Er soll es aber, wenn er die plumpe Aufdringlichkeit so weit treibt, dass dadurch Skandal entsteht. Mit den Worten „non Statim“ ist ausgedrückt, dass nicht zuerst von einem specifisch andern Verhalten, als nachher, die Rede ist. Was anfänglich straflos ist, soll bei sich gleichbleibender Absicht im Fortgang strafbar werden, wenn es Beleidigung und Aergerniss erregt.

Ueberhaupt lässt Ulpian[75]) den über Injurie edicirenden Prätor sagen: ut quaeque res erit animadvertam —

---

73) fr. 22 D. eod.: si liber pro fugitivo apprehensus erit, injuriarum cum eo agit.

74) fr. 15 §. 23 eod.: Meminisse autem oportet, non omnem, qui adsectatus est, . . . hoc edicto conveniri posse. Neque enim si quis . . . officii honeste faciendi gratia id facit, statim in edictum incidit, sed qui contra bonos mores id facit.

75) fr. 15 §. 28 eod.

und giebt als Zweck zu verstehen: ut plenior sit Praetoris animadversio . . . vel etiam in re ipsa.

Von der Grenzverrückung handelt ein Erlass [76]) des Imperator Hadrianus. Hier wird geradezu gesagt, dass die Strafe der Willensbestimmtheit des Handelnden sich anpassen soll: de poena Pro Mente facientis statui potest. Einer der leichteren Fälle soll seyn: si per Ignorantiam aut Fortuito lapides Furati sunt.

Der lex Iulia majestatis ist verfallen, wer den Bestand des römischen Staats, die Person des Imperators gefährdet, oder diese auch nur im Bilde besudelt: wenn es in vorbedachter Weise geschah. Spectandum . . an cogitaverit. Sonst soll das Gesetz nur dann in Anwendung gebracht werden, wenn das Begehen ein solches ist: quod ad Exemplum legis vindicandum est. [77]). Unter diesem Ausdruck aber werden gerade solche Fälle begriffen, welche die Neueren unter ihre culpa zu ziehen pflegen.

Von der Strafe der lex Iulia de adulteriis wird die Frau getroffen, welche bei Lebzeiten ihres Mannes mit einem andern eine Heirat schliesst. [78]) Ist der wirkliche Ehemann schon lange abwesend, ohne dass man Kunde von ihm hat, und wird todt gesagt, so soll die Frau, welche dem Gerüchte Glauben zu schenken Grund hatte, straflos ausgehen, auch wenn der Mann nachher zurückkehrt. Hat man aber die Nachricht vom Tode des Ehemanns nur erfunden, um die Frau für die neue Heirath zugänglich zu machen, und diese hat der Mittheilung zu gerne und vorschnell Glauben geschenkt, so hat sie gegen Pflicht und Sitte gefehlt: vindicari debet pro admissi criminis qualitate.

---

76) fr. 2 D. de term. moto (47, 21).

77) fr. 7 §. 3 D. ad leg. Iul. majest. (48, 4).

78) fr. 10 D. ad leg. Iul. de adult. (48, 5): Quod si ficta mariti mors argumentum faciendis nuptiis probabitur praestitisse: cum hoc facto pudicitia laboret, vindicari debet pro admissi criminis qualitate.

Bei der Interpretation dieses Gesetzes räumen die Juristen mehrfach dem Irrthum, dem Gewähren-lassen des Schmerzes oder Zorns, sogar der falschen Schaam, Einfluss auf die Zurechnung ein.[79]) Das sind lauter Verhältnisse, welche den Vorsatz, die Absichtlichkeit, entweder ausschliessen oder doch abschwächen und in der s. g. culpa verlaufen. Soferne das Verfahren extra ordinem Allem Rechnung trägt, was für die qualitas admissi von Erheblichkeit ist: kann dergleichen culposes Verhalten hier nicht zur Ausschliessung, sondern nur zur näheren Bestimmung des Thatbestandes dienen.

Der Begehungen, welche lascivia, malo exemplo geschehen, wird in dem Titel über die lex Cornelia de sicariis unter jenem Namen gedacht.[80])

Der Strafe der lex Cornelia de falsis verfallen die Münzfälscher. Von der Strafe des Gesetzes wird aber auch getroffen, wer das Verbrechen verhindern konnte und diess nicht that. Mehr als das Unterlassen der Verhinderung wird nicht erfordert.[81]) Dass aber jenes sowohl mit dolus als jeder denkbaren culpa geschehen kann, bedarf einer Ausführung nicht.

Callistratus[82]) berichtet von einem Erlasse des ersten Antoninus: dass die, welche vor Gericht Urkunden produciren, deren Aechtheit sie nicht darthun können, pro mensura delicti bestraft werden sollen. Bei jenem Urkundengebrauch ist ebenso wohl dolose als culpose Willensbestimmtheit denkbar, und dass auch letztere nicht leer ausgehen soll, beweisen die Worte: pro mensura delicti. Zwar will Marcus Aurelius Antoninus nicht auf Strafe erkannt haben, wenn die Urkunden irrthümlich vorgebracht wurden. Aber er hat offenbar nur entschuldbaren Irrthum im Auge.

---

79) fr. 39 pr. D. eod.
80) fr. 4 §. 1 D. ad leg. Corn. de sic. et ven. (48, 8).
81) fr. 9 §. 1 D. ad leg. Corn. de falsis (48, 10).
82) fr. 3 D. eod.

Wer falscher Constitutionen, die ihm nicht von zuständiger Stelle zukamen, sich bedient, erleidet die Strafe des cornelischen Gesetzes. [83]) Es braucht nicht bemerkt zu werden, dass man aus Leichtgläubigkeit und Mangel an Prüfung eben so wohl als wissentlich und vorsätzlich falsche Constitutionen für ächte nehmen und für solche ausgeben kann.

Alle hier einschlagenden Pandektentitel ergeben, dass die Römer die Begehungen, für welche man dolus zu fordern pflegt, auch mit culposem Thatbestande haben. Nirgends aber geben die Juristen zu erkennen, dass ihre Zurechnung im Fortgang von den einen zu den andern Willensbestimmtheiten einen Abschnitt mache, irgendwo in etwas specifisch Verschiedenes umschlage. Des Ausdrucks culpa vollends bedienen sie sich in diesem Zusammenhange gar nicht.

V. Dolus und Culpa.

(Fortsetzung.)

Dadurch, dass die Juristen das absatzlose Ineinandergehen der Willensbestimmtheiten innerhalb der Zurechnung nicht nur erkennen, sondern selbst aussprechen, begeben sie sich förmlich der Möglichkeit, hier unter dem Namen dolus oder culpa ein Stück herauszunehmen und dem übrigbleibenden gegenüberzustellen. Sie wissen, dass jeder solche Abschnitt von dem andern etwas an sich hätte, und verfahren nicht so begrifflos, eine Sache für das Gegentheil von sich selbst zu erklären.

Ist ein schädliches Thun einmal für widerrechtich erklärt, wie z. B. in gewissen Beziehungen durch die lex Aquilia, so liessen sich an dieser zurechenbaren culpa wieder alle mögliche Modalitäten der Willensbestimmtheit denken, also von dieser culpa selbst wieder dolus, culpa lata

83) fr. 33 eod.

und culpa levis im herkömmlichen Sinn, wenn diese überhaupt die vermeintliche Bedeutung hätten.

Aber die Interpretation des aquilischen Gesetzes gedenkt ihrer nicht. Zwar wird der Fall ausgezeichnet, wenn Einer dolo tödtete.[84]) Aber es will hier nur das Moment angedeutet werden, welches den Fall unter die lex Cornelia de sicariis zieht. Die culpa der lex Aquilia drückt diesem dolus gegenüber eine Willensbestimmtheit in positiver Weise nicht aus, sondern nur das Negative, dass es am Thatbestande des Mordes fehle. Statt Dieser culpa könnte eben so gut stehen, qualiter qualiter, oder auch fortuito, welche letztere Bezeichnung für culposes Thun, und zwar für solches, das culpa lata darstellt, anderwärts gebraucht wird.[85])

So bedient sich Marcianus[86]) des Wortes culpa zur Bezeichnung alles dessen, was ausser dem Thatbestande des Ungehorsams oder des Betrugs liegt. Es kommt ihm auf weiter Nichts an, als zu sagen, dass Nur im Falle des Ungehorsams, des Betrugs, das jusjurandum in litem statthaft sey.

Ulpian[87]) braucht culpa geradezu für error. Er will die Folge der unwahren Antwort auf die interrogatio in jure auf den Fall der Lüge, der Täuschung einschränken. Er konnte diese nennen und es dabei bewenden lassen. Aber um zugleich eine Meinung zu schlagen, die etwa mit einigem Schein sich Eingang zu verschaffen suchen könnte, drückt er sich etwas umständlicher aus. Statt nur zu sagen: hierher gehört jede Antwort nicht, die nicht Lüge, Täuschung ist, fügt er noch bei: hieher gehört auch die unwahre Antwort nicht, welche aus Irrthum erfolgt, selbst wenn dieser

84) fr. 23 §. 9 D. ad leg. Aquil. (9, 2).

85) fr. 11 D. de incend. (47, 9).

86) fr. 5 §. 3 D. de in litem jurando (12, 3).

87) fr. 11 §. 10 D. de interrog. in jure (11, 1): Qui justo errore ductus negaverit, se heredem, venia dignus est. Sed et si quis sine dolo malo, culpa tamen responderit, dicendum erit absolvi eum debere, nisi culpa dolo proxima sit.

nicht durchaus unvermeidlich, nicht jener justus error ist, der dem Befangenen unter keinen Umständen nachtheilig werden kann. Die unwahre Antwort, auf Grund eines Irrthums, und zwar eines nicht schlechthin unzurechenbaren, wird hier culpa genannt.

Pomponius [88]) bespricht den Fall, dass eine Frau mit der Rückempfangnahme ihrer dos im Verzuge ist. Hier soll der Mann nur noch für dolus einstehn: eine Haftungspflicht, welche bekanntlich ein obligatorisches Verhältniss überhaupt nicht voraussetzt. Im Uebrigen soll er um die Dotalgegenstände sich nicht mehr zu kümmern haben, sie ihrem Schicksal überlassen dürfen: damit es nicht in die Willkühr der Frau gestellt sey, durch rechtswidrige Zögerung dem Manne die Nothwendigkeit aufzuladen, sich fortwährend mit der Verwaltung und Bewirthschaftung ihrer Sachen zu befassen. Dass nun der Mann sich weiter nicht um eine Wirthschaft kümmert, die ihn gar nichts mehr angehen soll, nennt Pomponius culpa. Hier bezeichnet also das Wort das rein Thatsächliche des Unterlassens von Handlungen, nicht einmal solcher, die dem Manne obliegen, von denen er ja so eben ausdrücklich losgesprochen ist, sondern jener diligentia, die Andern, welche eine dos zu restituiren haben, unter Andern Umständen obzuliegen pflegt.

Es ist schon früher bemerkt worden, dass Unterscheidungen im Recht nur um rechtlicher Folgen willen zu geschehen haben, welche mit jenen zusammenfallen. Sehr verschiedenartige Folgen nun knüpft das Strafrecht an die rechtswidrige That. Zur Zeit der Juristen, welchen wir über dolus und culpa das Meiste verdanken, liess das römische Recht schon ein ganz freies Ermessen sowohl rücksichtlich der Art als des Maasses der zu erkennenden Strafen walten.

---

88) fr. 9 D. soluto matrim. (24, 3): Si mora per mulierem fuit quominus dotem reciperet, dolum malum dumtaxat in ea re, non etiam culpam maritus praestare debet, ne facto mulieris in perpetuum agrum ejus colere cogatur.

Wenn nun Verschiedenheiten in der Zurechnung einen Schluss erlauben auf entsprechende Beschaffenheit des Rechts: so muss umgekehrt ein Schluss stattfinden von der Beschaffenheit des Rechts auf die Gestalt der Zurechnung, und so mannigfaltig als z. B. die Auswahl der verhängbaren Strafen, sollte man glauben, müssten auch die Erwägungen der Zurechnung seyn. Fänden sich nun die Zurechnungsarten, welche wir gelehrt werden, dolus und culpa, letztere etwa noch als unmittelbare und mittelbare, wirklich im römischen Strafrecht, so könnten wir uns halb trösten. Es wären ihrer zwar wenige, aber Etwas ist am Ende besser als Nichts. Nun machen sich aber die Römer gerade da, wo man es erwarten möchte, im Strafrecht nemlich, mit Culpa nicht, am wenigsten mit culpa-Graden zu thun. Dagegen sollen sie diese Zurechnungsarten im bürgerlichen und vornehmlich im Vertragsrecht angewendet haben, und zwar in einer Richtung, welche hier, wo es sich immer nur um Geldeswerth handelt, vollends befremdlich ist: nemlich in Beziehung auf die Moralität der handelnden Personen. Die Beschädigung am Gelde soll einen ganz verschiedenen Character haben, je nachdem sie aus Bosheit, Lüderlichkeit oder auch minderem Unfleiss entspringt und demnach in allen diesen Fällen auch die Entschädigungsfrage sich anders gestalten.

Das römische Recht giebt vielfältig zu erkennen, dass eine solche Betrachtunng der Dinge ihm fremd sey.

Das Recht überhaupt begrenzt und regelt die Verhältnisse der Personen gegen Einander. Es ist wesentlich die Vernünftigkeit als Aeussere Ordnung. Darum collidirt mit ihm der individuelle Wille auch nur in seiner Aeusserung. Nur um Ihre Abhaltung und Ausgleichung, nicht um Rechtfertigung des Innern Menscheu ist es ihm zu thun. Den individuellen Willen betrachtet hiernach das Recht nicht nach seinem Werth und seiner Güte an sich. Er ist ihm Widerrechtlich nur, Weil er für die äussere Ordnung bedrohlich oder verletzend und nur nach der Art und dem Maasse Wie er dies ist.

Aus dem Standpunkt der Moralität liesse sich z. B. sagen, es sey viel besser, eine Sache zu stehlen, und sie so dem allgemeinen Vermögen und irgend welcher nützlichen Bestimmung zu erhalten, als sie zu verderben. Von dort liesse sich vielleicht auch herleiten, dass bei Einem, der sein Vermögen gut verwaltet und zweckmässig anwendet, gewisse Sachen besser aufgehoben seyen als bei einem Andern, der sie nur verschleudert und übel gebraucht. Es könne daher nur wünschenswerth seyn, dass Jener Diesem das Seinige abnehme und für sich behalte.

Indessen geht das Recht auf diese Dinge nicht ein. Ihm entgeht nicht, dass der Trieb nach Aneignung fremden Eigenthums für das Behalten aller Andern und somit für die Staatsordnung bedrohlicher ist als der Trieb zum Zerbrechen oder Verderben, und die Freigebung jenes Triebs die öffentliche Ordnung mehr beeinträchtigte als die schlechte Wirthschaft Einzelner, oder auch der Verderb und Untergang mancher Sachen. Darum erscheint ihm der animus lucri faciendi bei Uebergriffen in das fremde Gebiet unter allen Umständen verdammlich und zeichnet es ihn, ganz abgesehen von sonst heilsamen Folgen, die ihn begleiten möchten, andern Benachtheiligungen gegenüber sogar erschwerend aus.

Aufrichtigkeit und redliche Gesinnung gelten der Moral für das Höchste und sind ihr zu jeder Zeit gleich viel werth. Auch das römische Recht weiss sie zu schätzen, fordert aber die bona fides für die Usucapion nur am Anfang und bei dem Erwerb des Besitzes. Ihm ist es nur um Sicherung der Zustände zu thun, und es will nur die Motive abschneiden, welche Jene gefährden, zu Turbationen der Besitzstände führen möchten. Sind hier Veränderungen in formell zulässiger Weise einmal vor sich gegangen, so kümmert das Recht sich um das Gewissen des neuen Erwerbers weiter nicht. Vielmehr tritt die Rücksicht, welche es überhaupt leitet, jetzt in Dessen Person ein und er vollendet, ungeachtet der mala fides superveniens, seine Usucapion.

Diese Rücksicht leitet auch das Verständniss der bonae fidei negotia und der Rechtsmittel aus ihnen ein. Das strictum jus laborirt am Wortverstande und an den vielen Nebenthüren, welche dieser zur Umgehung des Vertragswillens offen lässt. Es muss die doli clausula zu Rathe ziehen, um jenen unvergleiteten Willen des Rechtsschutzes theilhaftig zu machen. Sein Umgehen oder Nichthalten ist dolus, sein Einhalten bona fides. Was dem stricten Geschäfte durch die Clausel erst zugefügt werden muss, enthält das bonae fidei negotium von selbst, nemlich die Erzwingbarkeit auch des Nicht ausgesprochenen Uebereinkommens, mögen nun die Vertragspersonen an alle Leistungen besonders gedacht, oder nur allgemein das Geschäft, hiermit aber alle Leistungen gewollt haben, welche dessen Natur und die Uebung mit sich bringen. Die Erzwingbarkeit des Vertragsgemässen ist im bonae fidei judicium erweitert und vollständig oder wie man sich sonst auch auszudrücken pflegte, unvollkommene Pflichten oder Leistungen sind zu vollkommenen geworden. Am sachlichen Inhalt also ist der allein erweisliche Unterschied und Jener bedeutet bona fides, nicht etwa vermehrte Rechtschaffenheit oder Gewissensreinheit, welche die jüngere Obligation in Anspruch nähme. Hierauf war die alte mit ihren unzulänglichen Zwangsmitteln weit mehr angewiesen.

So haben wir denn auch, wenn von solchen bonae fidei negotia gesagt wird, dass sie zu diligentia verpflichten, unter dieser nichts weniger als Tugend oder Fleiss des Individuums, sondern etwas ganz Objectives, nemlich einen Complex von Leistungen, zu welchen dieser Vertrag verpflichtet, und welche mit der Contractsklage verfolgt werden, zu verstehen. Darum ist eben so wenig culpa, welche das Nichthalten jener diligentia bedeutet, Leichtsinn oder Unfleiss oder davon ein gewisser Grad, sondern lediglich die Nichterfüllung jener Vertragsmässigen Leistungen.

Wenn endlich die, obwohl wenig durchgeführte, Regel aufgestellt wird, diligentia habe zu leisten, culpa zu prästiren nur der, welcher aus dem Vertrag auch Vortheil ziehe:

so ist dies nicht so zu verstehen, dass hier Rechtschaffenheit und Fleiss bezahlt und, Weil diess der Fall sey, die Vertragspersonen dazu angehalten werde, während sie ohne Bezahlung ihre Rechtspflichten vernachlässigen dürfe: vielmehr wird der Sinn des Ausspruchs seyn, dass die Natur gewisser Verträge ein Minder von Leistungen, verglichen mit andern Verträgen auflege, oder auch dass von Einem, der einer Sache sich unentgeltlich unterzieht, eine Verbindlichkeitserklärung zu weniger, beziehungsweise zu gar keinem Aufwand an Geld, Zeit oder Arbeit zu vermuthen sey.

Diese, zunächst dem allgemeinen Character des römischen Rechts entnommenen Bemerkungen werden der Ansicht Eingang verschaffen, dass dieses Recht zwar Leistungen vom verschiedensten Umfang bei den einzelnen Obligationen, aber keinen Unterschied der letzteren in der Weise kennt, dass Einige verpflichtungsgemäss zu erfüllen seyen, Andere nicht. Am wenigsten wird sich noch die Meinung empfehlen, dass den Ausschlag Bezahlung gebe, mit welcher aber nicht ein entsprechender Complex von Leistungen, sondern eine gewisse Preiswürdigkeit des subjectiven Verhaltens erkauft seyn soll. Die einzelnen Belege folgen später. Wird sich aus ihnen vollends ergeben haben, dass diligentia nirgends eine gewisse Willensbestimmtheit bedeutet und culpa als Verfehlung gegen eine solche in Betracht kommt, sondern jene immer einen so oder anders bestimmten Inhalt der Obligation anzeigt und diese lediglich als Dessen Nichterfüllung Wirkung hat, und zwar unter allen Umständen die gleiche, nemlich Ersatzpflicht als Leistung des vollen Interesse: so wird auch von dieser Seite die Aufstellung der mehreren Zurechnungsarten und Culpagrade, die theoretisch haltlos ist, als practisch unnütz, ein für allemal erwiesen seyn.

Aus der Grundansicht des römischen Rechts hat sich schon ergeben, in wie ferne es ihm auf Beweggründe und Absichten der handelnden Personen ankommt, wenn es sich mit jenen zu thun macht.

Die rechtliche Ordnung breitet sich zunächst in allerlei Zustände aus, welche an Begriff und Bedeutung verschieden, so vom Recht auch Unterschieden und eben so viele Gegenstände seiner schützenden Verbote sind. Dahin gehören z. B. Freiheit, dann Ehre, Geltung der Person.

Das Bewusstseyn, welches diese gedachten Dinge in sich aufnimmt, der Wille, der sich gegen sie als so Verstandene kehrt, empfangen ihre Besonderheit aus dieser Richtung. So ist die äusserlich gleiche Handlung an dem Nemlichen Gegenstande, z. B. das Einfangen und Festhaltung eines Freien, Injurie oder Plagium, je nachdem es der Entwürdigung der Person oder der eigenmächtigen Verfügung über dieselbe gilt.

Das Recht begreift sich aber auch als Ganzes und will als Solches gelten und bezeugt seyn. Es duldet nicht, dass eine Macht neben ihm sey, welche die seinige in Frage stellt, dass eine Action den Schein einer Rechtlichen annehme, ohne es zu seyn. Darum sind z. B. das Anhäufen von Waffenvorräthen, das Anwerben und Halten schlagfertiger Banden, dann die Fertigung unächter Urkunden strafbare Begehungen, auch abgesehen von der Verwendung und dem Gebrauch.

So weit ist nur von Beziehung des Willens auf ein Gegenständliches die Rede, durch dessen Bestimmtheit er die Seine, als dieser oder jene Rechtsverletzung erhält. Diese Richtung wird voluntas,[89]) animus,[90]) affectus[91]) genannt.

Der individuelle Wille hat aber Bedeutung für das Recht, nicht nur so ferne er sich auf das Gegenständliche, sondern auch in so ferne Als und Wie er das Gegenständliche auf Sich bezieht. So stellt sich das äusserlich Nemliche

89) fr. 14 D. ad leg. Corn. de sic. (48, 8).

90) fr. 6 §. 1 D. ad S. C. Turpill. (48, 16). fr. 11 D. ad leg. Iul. maj. (48, 4). fr. 15 §. 38 D. de inj. et fam. libell. (47, 10). fr. 41 §. 1 D. ad leg. Aquil. (9, 2). fr. 26 D. de inj. et fam. libell. (47, 10).

91) fr. 34 pr. D. de obl. et act. (44, 7). fr. 18 §. 4 D. de inj. et fam. lib. (47, 10).

Thun als Besitzstörung dar oder als Raub, je nachdem der Zweck etwa nur Erlangung der Beklagtenrolle für den Process, oder aber Bereicherung mit fremdem Gute ist. Solche Beweggründe und Zwecke bezeichnen die Quellen mehr sachlich, ebenfalls mit animus, besonders mit causa, ob,[92]) dann als Zustände am Individuum mannigfaltig, z. B. mit gratia, miseratio, inimicitia, sordes.[93])

Mag nun eine Begehung widerrechtlich schon durch die gegenständliche Richtung des Willens seyn oder durch Hinzutreten eines Beweggrunds zum Unrecht überhaupt erst werden, oder hierdurch eine modificirte Bedeutung empfangen, mag Eines dieser Momente genügen, oder mögen sie Zusammen erfordert werden, um einen Thatbestand zu erfüllen: jedes dieser verschiedenen Verhältnisse wird als dolus bezeichnet.

Wollte man jetzt den dolus bestimmen als „schlechten, niederträchtigen Beweggrund", so erwiese sich dies als falsch. Denn die lex Cornelia de falsis z. B. nennt ihren Thatbestand dolus malus und kümmert sich dabei um Beweggründe nicht. Der lex Iulia peculatus ist dolus malus jedes Angreifen öffentlicher Gelder, selbst wenn es aus dem löblichsten Beweggrund, der sich denken lässt, z. B. um dem höchsten Wesen damit Opfer und Feste zu bereiten, geschieht.[94])

Begnügte man sich dagegen, den dolus als wissentliches Unrecht, als vorsätzliche Beschädigung darzustellen, so wäre die Bestimmung unzulänglich. Denn der dolus des Diebs ist vollständig nur, wenn jener den Zweck sich zu bereichern hat, und als Strassenräuber oder Brandstifter gelten nur solche, die aus Rache, Bosheit, Habgier rauben oder brennen.[95])

---

92) fr. 1 §. 2 D. de cond. ob turp. vel. inj. caus. (12, 5).

93) fr. 15 §. 1 D. de judic. (5, 1) fr. 14 §. 2 D. de cust. et exhib. reor. (48, 3).

94) fr. 4 §. 1 D. ad leg. Jul. pecul. (48, 13).

95) fr. 10. 12 D. de poenis (48, 19).

Sagte man schliesslich, dolus bedeute bald das Eine, bald das Andere, bald auch Beides, so wäre man allerdings der Wahrheit näher gerückt, aber es erübrigte jetzt noch die Frage: Wann er diese oder jene Bedeutung habe?

Weil die Gesetze und Edicte, welche den dolus nennen, ihre rechtliche Wirkung immer Sofort an dessen Daseyn knüpfen, jene Wirkung aber doch immer nur die Folge ihrer Sämmtlichen Voraussetzungen seyn kann, so wird sich nicht anders sagen lassen als: dass dolus, sie sey nun mehr oder weniger, immer die Summe dieser Voraussetzungen sey.

Darum wird die Frage nach jenem Wann sich dahin beantworten: dolus sey Dann vorhanden, wann die Willensbestimmtheit sich finde, die das Gesetz zu seiner Anwendung eben fordert, mit andern Worten: dolus sey die subjective Seite des Thatbestandes, der unrechte Wille überhaupt.

Es hat sich herausgestellt, dass dolus nicht Etwas Von dem Thatbestande, etwas An der Zurechnung, sondern immer die Summe der subjectiven Bedingungen, welche man zur Anwendung eines Gesetzes fordert, immer einen Ganzen Thatbestand mit Vorsatz, Beweggrund, Fahrlässigkeit und Allem, was darum und daran ist, bedeute. Die Begehungen sind Thatbestände, in so fern gerade, als sie unter ein Gesetz fallen, oder: was eine Sanction zu ihrem Eintreten voraussetzt, ist ihr Thatbestand. Wir haben daher der Thatbestände so viele als der rechtlichen Sanctionen, sey es verschiedener Gesetze, oder verschiedener Sanctionen Eines und desselben Gesetzes.

Nun liesse sich noch sagen: dolus sey zwar immer ein Thatbestand, aber doch nur ein solcher, in dem der Vorsatz oder schlechte Beweggrund vorwiege, gegenüber einem andern, der deren vergleichungsweise weniger an sich habe, so dass man dort an ein vorzugsweise Doloses Thun mit Beimischung von culpa, hier an ein Culposes mit einiger Dolus-legirung zu denken hätte.

Allein wenn das römische Recht statt des Ganzen Vorsatzes auch nur ein Vorwiegen desselben zu seinem dolus

forderte, könnte es unter diesen nicht ohne Weiteres Vorgänge ziehen, bei welchen Vorsatz oder Absicht Gänzlich dahin stehen und welche jeder denkbaren Willensbestimmtheit empfänglich sind. Diess thut es aber z. B. bei dem Bürgen, der für den Schuldner zahlt und von der geschehenen Zahlung diesen nicht sofort in Kenntniss setzt, bei dem Gewalthaber, der mit der Betreibung von Ausständen säumt, bei dem Depositar, der mit der Rückgabe der hinterlegten Sache in Verzug ist oder nicht Achtung gab, dass er sie unversehrt dem Deponenten zurückerstatten könne.

So steht auch dolus für dolus Und culpa, und hiermit zugleich Statt culpa. Es lässt sich aber so wenig vorsätzlich für Unvorsätzlich sagen, als Mehr vorsätzlich für Minder vorsätzlich.

Luxuria bedeutet wenig Vorsätzlichkeit. Sie ist die Aufführung eines Menschen, welcher sich der Ueppigkeit und Erschlaffung in dem Maasse hingiebt, dass er nüchtern zu denken und seine Vorsätze zu regeln überhaupt nicht mehr recht fähig ist. Sie bezeichnet auch die Begehungen, welche dies verwerfliche Verhalten nach sich zieht. Für luxuria aber wird auch dolus gesetzt. Das Nemliche Verhalten wird dolus Aut luxuria genannt.

Wie nun der dolus nicht eine Seite des Thatbestandes, als Vorsatz oder Beweggrund, und Deren Zurechnung, oder gar die Zurechnung solcher Momente Als eines ganzen Thatbestandes hat vorstellen können, so bedeutet er auch nicht einen, um Jenes Inhalts willen, unterschiedenen Thatbestand. Daher bleibt uns auch von dieser Seite dolus nur für widerrechtliche Begehung und deren Zurechnung überhaupt.

In so fern lassen sich die Schicksale der Zurechnung als Schicksale des dolus bezeichnen und die hervortretenden unterschiedenen Zurechnungsweisen als Entwicklung und ausgelegter Inhalt des dolus selbst.

Hier ist ein Fortgang in verschiedenen Beziehungen denkbar. Es lassen sich z. B. bei anfänglich engbestimmter Anwendung einer Rechtsnorm ad exemplum legis gedanken-

mässig gleiche, nur in der Erscheinung verschiedene Fälle herbeiziehen. Dieser Methode verdankt z. B. auch das Actionen-system seine dem Bedürfniss entsprechende Ergänzung. Oder aus der chaotischen Einheit treten sachlich bedeutsame Momente heraus. So ist z. B. der Formalact in mehrfachen Verhältnissen von materialer Bestimmtheit aufgegangen und so haben auch die vielen Dispositionen des Willens von dem consulto, malitiose, maligne, fraudulenter durch die luxuria und lascivia bis zur levis negligentia und culpae suspicio hinab, die ursprünglich theils in dem dolus malus unterschiedlos durcheinander, theils abseits lagen, mit ihrer Erkenntniss zugleich ihre Würdigung gefunden.

In dieser Beziehung verhält sich dolus zu consilium, fraus, lascivia noch vollkommen gleich. Eins wie das Andere dieser letztern bedeutet ein Unterschiedenes Moment im Verhältniss zum unterschiedlosen Ganzen. Ein Gegensätzliches Verhältniss stellt sich bis jetzt hier so wenig heraus, als etwa zwischen Stipulationsform und Intercession, zwischen directa und utilis actio.

Wenn nun gleichwohl auch unter den besonders benannten Willensbestimmtheiten dolus in einer engern Bedeutung obenan steht und die übrigen gleichsam eine weichende Richtung anzeigen, wenn eine nähere Verwandtschaft des dolus zu den einen als zu den andern von jenen sich nicht verkennen lässt: so muss für dieses Verhältniss, das als ein solches des Vorsatzes zu etwas anderem oder des mehreren zum mindern Vorsatze widerlegt ist, ein anderes Verständniss gefunden werden.

Dieses leitet sich durch die Erwägung, dass wir dolus als Ganze und als Ursprüngliche Zurechnung zu nehmen haben, von selbst ein.

Mit dolus will ein Erschwerendes Moment des Thatbestandes, ein die Zurechnung Schärfendes unverkennbar ausgedrückt werden.

Sind wir nun, bei dem ganzen Character der frühern Zeit und ihrer Armuth an Rechtsinstituten, zu der Annahme

nicht nur berechtigt, sondern genöthigt, einestheils, dass eine ausnehmende Schärfe und Bestimmtheit der cogitatio, des propositum bei unrechten Begehungen und folglich auch eine subtile Zurechnung in dieser Beziehung ihr Nicht eigen war, anderntheils, dass nur schwere und grobe Begehungen mit auffälliger, unmittelbar erscheinender Bösartigkeit des Willens geahndet wurden: so stellt sich eine Verwandtschaft des dolus mit consilium, propositum, luxuria in mittelbarer Weise heraus.

Dolus malus steht in den Gesetzen grossentheils allein.[96]) Dann bedeutet er doch wohl Alles am Individuum, was zum Thatbestande gehört. Er steht aber auch in Verbindung mit consilium, data opera:[97]) dann bedeutet er natürlich nicht, was diese letztern bedeuten, noch einmal, ist also nicht dolus Gleich consilium oder data opera, sondern dolus drückt den rechtswidrigen Willen Allgemein, das andere aber, was weiter gesagt ist, die Momente aus, auf welche bei der Imputation reflectirt wird. Wenn dann dolus malus auch Statt und abwechselnd Für data opera, lucri causa steht, [98]) so ist diess nicht, weil dolus so viel heisst als data opera u. s. w., sondern weil es sich um einen Thatbestand handelt, der jene fordert, dolus aber immer der Thatbestand ist.

Wenn ferner die Gesetze, indem sie dolus sagen, hierbei ein besonders schädliches, auffällig bösartiges Thun im Auge haben, so meinen sie damit nicht eine schwere Zurechnung gegen eine minder schwere, denn Alles Was sie

---

96) fr. 3 pr. D. de lege Fabia de plagiar. (48, 15). fr. 1 D. ad leg. Iul. pecul. (48, 13). fr. 2 §. 1 D. de lege Iul. de annona (48, 12). fr. 1 pr. ad leg. Corn. de sicar. (48, 8). fr. 1 pr. D. ad leg. Corn. de falsis (48, 10).

97) fr. 1 D. ad leg. Iul. majest. (48, 4). fr. 14 D. ad leg. Iul. de adult. (48, 5).

98) fr. 9 D. de incend. (47, 9): qui aedes . . . combusserit . . igni necari jubetur, si modo sciens prudensque id commiserit . . fr. 12 eod.: qui . . data opera incendium fecerint . . fr. 1 §. 3 D. de furtis (47, 2): furtum est contrectatio rei fraudulosa, lucri faciendi gratia. Paulus rec. sent. II. tit. 31 §. 1: Fur est qui dolo malo rem alienam contrectat.

zurechnen wollen, sagen sie ja mit Einemmale und Ganz: sondern das schwere Begehen ist ihnen dolus desshalb, weil nur Es das Zurechenbare, diess letztere aber dolus ist.

So wird dolus für das, was sein regelmässiger Inhalt ist, gesetzt und, weil dieser Inhalt den Character des Argen und Bösen hat, theilt sich diese Nebenbedeutung dem Dolusbegriffe selbst mit.

Die Zeit der erweiterten Zurechnung erhielt den Dolusbegriff für den Thatbestand des Unrechts, für die Ganze Zurechnung überliefert. Aber sie erhielt ihn als den Begriff einer ganzen Zurechnung, welche es für sie nicht mehr war. Daher hat und gebraucht sie den dolus in gedoppelter Weise. Einmal ist er ihr Zurechnung überhaupt und, was sie dieser vindiciren will, nennt sie dolus. Ferner aber behält sie nebenher den ursprünglichen Inhalt des dolus im Sinn und nimmt das Wort für diesen. Dann bedeutet ihr dolus die vergleichungsweise schwere, verwerfliche Begehung. Neben den theoretisch verarbeiteten Thatbeständen und dem in seine Gründe und Richtungen sachlich zerlegten unrechten Willen läuft noch diese Zurechnung in Bausch und Bogen her.

Mit dem dolo versatur, fraude non caret, will Jemands Schuld an Etwas und zugleich an dieser eine Beschaffenheit ausgedrückt werden, welche die Anwendung des Gesetzes unbedenklich gestattet, ohne dass hier zwischen Vorsätzlichem und Anderem unterschieden, der Pflicht-Vergessenheit vor anderer Pflichtwidrigkeit ein Vorzug eingeräumt würde.

Bis jetzt haben wir dolus als unrechten Willen, mit oder ohne die vage Nebenbedeutung des Schweren — reinen dolus, ferner dolus für einen concreten Thatbestand — angewandten dolus. In dieser Hinsicht giebt es des dolus so vielerlei als der widerrechtlichen Begehungen: dolus des perduellis, falsarius, adulter, fur u. s. w.

VI. Dolus und Culpa.

(Schluss.)

Die vorhin genannten Begehungen, die je nach den Richtungen, in welchen sie das Recht aufheben, oder den Beweggründen, aus welchen sie hervorgehen, unter gewisse Sanctionen fallen und in dieser Rücksicht als Thatbestände gefasst sind, schliesst sich eine solche unter dem Namen dolus an. Das Wort hat hier einen durch den Gegenstand begrenzten, engen Sinn, wie z. B. auch injuria einestheils Alles bezeichnet, was non jure geschieht oder contra jus, anderntheils aber die specifische Bedeutung der contumelia, Kränkung an der Persönlichkeit hat.

Wenn der Einzelne durch die Bestimmungen, welche gegen das furtum, damnum und gegen die injuria gehen, vor Eingriffen in sein Rechtsgebiet leidlich geschützt seyn mag, so ferne sie unmittelbar Bethätigung eines fremden Willens sind: so kehren jene Bestimmungen doch Nichts vor gegen Verletzung durch den Eigenen, aber Beirrten Willen. Darum sind auch das Bewusstseyn und der Wille als solche Gegenstände des Rechtsschutzes. Die Begehung, welche unmittelbar an Jenen, und nur Durch sie am andern Recht geschieht, ist der dolus, dessen Gegenstand der fremde Wille als solcher und dessen Beschädigungsmittel die Täuschung ganz in der besondern Weise sind, wie beim Diebstahl der Gegenstand eine fremde Sache und das Beschädigungsmittel die Contrectation.

Der Pandektentitel, welcher vom dolus handelt, erörtert eine Reihe von Fällen, welche diesen Thatbestand geben. Dolus begeht:

wer Jemanden über den Vermögensstand einer Person falsche Vorspiegelungen macht, in deren Folge creditirt wird,[99])

99) fr. 8 D. de dolo malo (4, 3).

wer den Bestand einer Erbschaft fälschlich als gering darstellt, in Folge dessen der Berufene sie ausschlägt, [100])

oder beträchlicher, als er in Wahrheit ist, und hierdurch den Erben zur vollen Auszahlung der Legate bestimmt, [1])

wer dazu schweigt, wenn Jemand auf seinem Grunde Sand- und Kreidegruben anlegt und diesen hierdurch in seiner Unternehmung bestärkt, aber nachdem der Aufwand gemacht ist, das Wegnehmen des Sandes und der Kreide verwehrt, [2])

wer einem Waarenverkäufer falsche Gewichte leiht und hierdurch bewirkt, dass der Käufer, der sie für richtig hält, verkürzt wird, [3])

wer einem enterbten Sohn die Testamentsurkunden vorenthält, damit dieser, in Unkenntniss ihres Inhalts, zur Inofficisiositätsklage sich anzuschicken unterlässt. [4])

Aber nicht nur der Einzel-wille kann beirrt, nicht nur der Einzelne scheinbar Mit seinem Willen verletzt werden. Auch der Gesammtwille ist dieser Misshandlung preisgegeben. [5]) Jedes Recht giebt das Unvermögen kund, Alles was es will und meint, Vollständig zu sagen, und das, Was es sagt, genau so, wie seine Meinung ist, zu sagen. Namentlich ist es einem vergleichungsweise unentwickelten Bildungsstande eigen, für das gut und wahr Gemeinte um den erschöpfenden, sichern Ausdruck zu ringen. So kann das Recht, bei allem Einhalten seiner Vorschriften, ja gerade Durch dieses beeinträchtigt, umgangen werden. Der Einzelwille wird verletzt dadurch, dass man ihn thun lässt, was er eigentlich nicht will. Das Recht wird betrogen dadurch, dass man Selber thut, was jenes nicht will, aber doch nicht

100) fr. 9 D. eod.

1) fr. 23 D. eod.

2) fr. 34 D. eod.

3) fr. 18 D. eod.

4) fr. 9 §. 2 D. eod.

5) fr. 1 §. 3 D. de doli mali et met. exc. (44, 4): . . dolo fit, tam in contractibus . . quam in legibus.

verbietet. Hier ist der Gegenstand der Schädigung das ungeschriebene Recht und das Mittel dazu: das geschriebene. In dieser Hinsicht führen die Quellen als dolus viele Begehungen auf, welchen allen gerade das gemeinschaftlich ist, dass hier Einer etwas thut, zu dem er streng genommen das Recht hat, entweder überhaupt, oder doch dem gegenüber, welchen er verletzt.

Wenn ich einen Process durch einen Gewalthaber führe, der mit meinem Gegner colludirt, und hierdurch diesem zum Siege verhilft, so habe ich die actio de dolo — nicht wider meinen Gewalthaber, denn dieser hat seine positive Rechtspflicht verletzt und haftet aus diesem besonderen Grunde — sondern wider den siegenden Gegner, der zu mir in einem Verpflichtungsverhältnisse Nicht steht, und dem buchstäblichen Rechte nach in Verfolgung seines Vortheils freie Hand hat. 6)

Wenn der zum Erben Eingesetzte einen legirten Sklaven tödtet und alsdann nicht antritt, so steht dem Legatar die actio de dolo zu. Wäre die Erbschaft angetreten, so hätte der Legatar die actio de dolo nicht: denn jetzt stünde der Erbe in einer Rechtspflicht, welche mit der persönlichen Klage aus dem Testament verfolgbar ist. 7)

Wer ein Thier tödtet, das der Eigenthümer einem Dritten schuldet, begeht dolus. Der Eigenthümer selbst begienge solchen nicht, weil er dem Dritten aus Vertrag haftet. Den dolus begeht nur der, welcher dem Dritten, den er beeinträchtigt, zu Nichts verpflichtet ist, ihn auch an einem Sachenrechte, das ihm noch nicht zusteht, nicht verletzt, den schuldenden Eigenthümer aber darum nicht verletzt, weil dessen Interesse der Vorgang nicht mehr berührt. 8)

Wer eine Wegegerechtigkeit über ein benachbartes Grundstück hat, kann gegen den Eigenthümer aus der Ser-

---

6) fr. 7 §. 9 D. de dolo malo (4, 3).
7) fr. 7 §. 5 D. eod.
8) fr. 18 §. 5 D. eod.

vitut klagen, wenn dieser deren Ausübung dadurch vereitelt, dass er die Fläche überbaut. Wer aber an demselben Grundstücke den Niessbrauch hat, kann nicht aus diesem dinglichen Rechte gegen den Eigenthümer klagen, der dessen Ausübung durch Ueberbauen der Fläche unmöglich macht. Denn durch die Veränderung des Grundstücks ist der Niessbrauch untergegangen. Ein anderes Recht aber als seinen Niessbrauch hatte der zu diesem Berechtigte nicht. Ihm wird nun die actio de dolo gegeben: nicht weil der Eigenthümer gegen ein Recht gehandelt und hierdurch sich verklagbar gemacht hat, sondern desshalb, weil er den Fructuar um all sein Recht gebracht und ihn klag-Los gemacht hat. [9])

Wer das Gesinde eines Besitzers überredet, den besessenen Gegenstand preiszugeben, setzt sich der actio de dolo aus, nicht weil er den Besitzer um seinen Besitz gebracht und Hierdurch ihn beschädigt hat. Hätte er diess z. B. vi oder clam gethan, so wäre von der actio de dolo die Rede nicht, die actio de dolo wird gegen ihn darum gegeben, weil er den Besitzer um seinen Besitz in einer Weise brachte, gegen welche dieser ohne erklärten Rechtsschutz ist.[10])

An diesen Beispielen ist genug.

Die römischen Juristen geben auch ausdrücklich zu erkennen, dass ihnen Verletzung des Rechts mit Beobachtung desselben, das eigentliche Wesen des Dolusvergehens und Reaction hiergegen die Grundbedeutung und hauptsächliche Bestimmung der Klage und Einrede aus dem dolus sey. Paulus sagt, die doli exceptio sey eingeführt: ne cui dolus suus per occasionem juris civilis contra naturalem aequitatem prosit. [11]) Dazu erklärt Ulpian: aus Demselben Grunde wie die Exceptio, sey die Actio de dolo gegeben.

Diese Anschauung leitet auch das Verständniss der subsidiären Eigenschaft der Dolus-klage ein, welche die

---

9) fr. 9 D. si serv. vind. (8, 5).
10) fr. 31 D. de dolo malo (4, 3).
11) fr. 1 §. 1 D. de doli mali et met. except. (44, 4).

Juristen so vielfältig betonen. Wenn nemlich die actio de dolo gerade gegen Den geht, der das buchstäbliche Recht auf seiner Seite hat, und nur dem gegeben wird, der ein positiv geschütztes Recht Nicht hat, und gerade Weil er es nicht hat: so ist die Subsidiarität nicht ein begleitender Umstand, sondern Existenzbedingung der Klage, nicht juris constitutio, sondern Natur der Sache. Man kann jetzt nicht sagen: die Dolus-klage und eine andere, Auch zuständige Klage stehn in dem Verhältniss, dass neben dieser die Dolusklage überhaupt nicht oder nur dann an die Reihe kommt, wenn die andere Klage erfolglos ist. Vielmehr liegt in dem Umstand, dass ein klag-Loses Recht verletzt ist, Weil es klaglos ist, oder dass eine zunächst Allein zuständige Klage nicht zum Ziele führt, erst die Bedingung des Entstehens der Dolus-klage. So stehn auch der Ausbau des Klagensystems und das Verschwinden der Dolus-klage in geradem Verhältniss.

Dass die römischen Juristen selbst zur Begründung der Subsidiarität auf die famose Eigenschaft der Dolus-klage abheben, fällt, wie manche andere theoretische Begründung, nicht sonderlich ins Gewicht. Nachdem Ulpian in seinem eilften Buche zum Edict die Subsidiarität der Dolusklage auf ihre Famosität gegründet hat, fährt er auffallender Weise fort: desshalb — ideo — wird die Klage auch gegen den Vormund nicht gegeben, der, den eigenen Mündel zu betrügen, mit einem Dritten sich in Einverständniss gesetzt hat. Vielmehr hat es der Mündel erst mit der actio tutelae zu versuchen. Nur wenn diese nicht hilft, etwa weil der Vormund insolvend ist, kommt es zur Dolus-klage, und zwar gegen den Dritten.[12])

12) fr. 1 § 4. fr. 5 D. de dolo malo (4, 3): ideoque si quis pupillus a Titio, tutore auctore colludente circumscriptus sit: non debere eum de dolo actionem adversus Titium habere, cum habeat tutelae actionem, per quam consequatur, quod sua intersit. Plane si tutor solvendo non sit, dicendum erit, de dolo actionem dari ei.

Wenn die Römer gewissen Klagen, und zwar gar nicht spärlich, eine Beziehung auf die bürgerliche Ehre geben, so lässt sich dafür kaum ein anderer Grund denken, als dass sie gewissen Begehungen den verdienten Makel aufdrücken wollen. Dass man die Ehrenstrafe für verwerfliche Handlungen eingeführt, gegen die eigne Satzung aber sofort selbst wieder sollte reagirt haben, und zwar zu Gunsten der ausgesuchten Niederträchtigkeit gerade, müsste schon befremdlich erscheinen. Den Erfolg aber nicht einmal von der Schändlichkeit der Begehung, sondern von andern und zufälligen Umständen abhängig zu machen und, je nach diesen, den Minder Schuldigen von zweien treffen zu lassen, zeigte noch weniger Takt und Sinn. Ganz besonders wunderlich aber wäre es, die actio de dolo, weil sie famos ist, zu verweigern und Desshalb statt ihrer eine andere Klage, welche aber Ebenfalls famos ist, wie die actio tutelae, zu geben.

Auch für die Ausnehmende Subsidiarität der actio de dolo kann hiernach der Grund nicht darin, dass sie famosa ist, sondern muss darin, dass sie de Dolo ist, gefunden werden. Dolus aber ist die Umgehung des einzelnen oder des öffentlichen Willens. Den Römern scheint es unleidlicher gewesen zu seyn, hintergangen und mit eignem einfältigem Willen beschädigt zu werden, als offen mit Unrecht. Was die Einen sehr übel empfinden, ist ihnen hässlich als Begehung der Andern. Das Recht vollends, das dem Volke ehrwürdig und nur nicht ganz und gar formulirt ist, das Recht, welches es redlich meint, und nur gleichsam mit der Sprache nicht fortkommt, gerade um dessenwillen zu kränken, fanden die Römer höchst infam. Hierin mochte der Prätor einen ostensibeln Grund finden, mit Ertheilung der Klage selbst dann noch sich zurückhaltend zu zeigen, wenn sie sonst begründet, das sachliche Bedenken ihrer Subsidiarität bereinigt war.

Es hat sich jezt ergeben, dass wie culpa, so auch dolus malus mancherlei Bedeutungen hat. Er steht für widerrechtliche Willensbestimmung, zurechenbare That, entweder all-

gemein oder mit dem unbestimmten Nebensinne des Gefährlichen, Schweren. Ferner ist dolus der Thatbestand einer besondern Begehung nach seiner subjectiven Seite: hier ist des dolus so vielerlei als der widerrechtlichen Begehungen sind. Zu den letztern gehört das Delikt, welches den Namen dolus eigens führt, und Betrug gegen Einzelne oder gegen das Recht ist.

Man erhebt an das Recht einestheils den Anspruch, dass es sage was es will, seine Verbote ausspreche und nur in so fern Uebel an dem Individuum vollziehe, als es solche vorher angedroht hat. Anderntheils ist sich das Recht bewusst, seinen Inhalt niemals erschöpft, sich nicht überall gedeckt zu haben. Zum Schutze seiner unbewehrten Seite spricht es aus: dass es die Begehung des Nichtverbotenen, welche mit diesem Wissen und aus diesem Beweggrund geschieht, der Ueberschreitung des Verbots gleich, ja noch schlimmer als diese achte. Hier tritt an die Stelle des Verbots das Bewusstseyn des Handelnden. Die nur so noch beschränkte Vollständigkeit ist die höchste, welche gerechter Weise zu erreichen steht.

Von dem dolus der einzelnen Thatbestände, dann von dem dolus, der selbst Thatbestand, sey es als Betrug gegen den Einzelwillen oder gegen das Recht ist: hat hiernach die Theorie den dolus der Zurechnung im Begriffe strenge zu scheiden. Dieser letztere dolus drückt in seiner engern Bedeutung das immer noch unbestimmte Moment des vergleichungsweise Schweren, Gefährlichen aus.

Handelt es sich nun um Rechtsverletzung, so ist gemeinhin an Zurechenbarkeit überhaupt genug. Die Spielarten der Willensbestimmtheit finden Berücksichtigung nur, so fern das Gesetz ihnen besonders Rechnung trägt, dann aber auch in all der mannigfaltigen Verschiedenheit, deren die Anwendung des Gesetzes selbst empfänglich ist, z. B. bei unbestimmten Strafen.

Handelt es sich dagegen um Beschädigung schlechthin, so ist diese auch als vorsätzliche oder absichtliche nicht

rechtlich erheblich. Benachtheiligung des Einen durch den Andern kommt nicht nur als Unrecht vor, sondern ist zugleich auch die Tendenz alles Erlaubten, nicht rein productiven Verkehrs. Damit die Benachtheiligung, auch die Absichtliche, hierher gehöre, muss sie erst Rechtsverletzung werden, und diess wird sie nicht durch die Thatsache des Vorsatzes, der Absicht, sondern durch einen Rechtlichen Act, der in Mitte tritt. Etwas zum Nachtheil eines Andern Thun, ist wenig anders, als zum Nachtheil eines Andern etwas Haben, mit dessen Nachtheil bereichert seyn. Nun ist aber bekannt genug, wie das römische Recht auf ein solches Ergebniss hin nicht unterschiedlos, sondern nur unter besondern Bedingungen eine Klage gewährt.

Allerdings sind Beschädigung als Erfolg, dann Wille oder Absicht als Ursache, die allgemeine Substanz, aus welcher das Recht unter Umständen Vergehungen und Verantwortlichkeiten formulirt. Aber auf solche allgemeine Voraussetzungen hin eine vage Klage, unter dem Namen actio de dolo oder einem andern, zu haben, ist nicht römische Weise. Vielmehr kommen die römischen Actionen von vorneherein durchweg in gegenständlich enger Fassung vor, welche immer kenntlich bleibt und den Ansatzstock bildet, an welchem die Substanz sich zunehmend krystallisirt. Die Juristen gehen behutsam und nicht gerne weiter vor, als sie unter sich festen Grund fühlen. Wenn man bei der Anwendung der Dolus-klage auf neue Fälle sich noch besonders schwierig zeigte, so mag das Gehässige, das auf dem Namen ruhte, hieran manchen Antheil haben. Doch ist zu beachten, dass die Dolus-klage eine arbiträre und die Verurtheilung doch immer erst eine Folge des Ungehorsams ist, der sich schonender Berücksichtigung nicht besonders empfehlen möchte. Ausserdem konnte ja der Prätor die Klage auf Grund des dolus als actio in factum geben und so, mit Umgehung der Klippe, dem sachlichen Erfordernisse Rechnung tragen. Allein auch dazu verstand er sich nicht gerne. Verbindet man hiermit, dass die Dolus-klage doch auch in

Fällen gegeben wird, in welchen jene magna et evidens calliditas, welche als ihre Bedingung ausgesagt ist, Nicht vorliegt, z. B. wenn Einer, der ein Grundstück aus Stipulation schuldet, dieses vor der Uebergabe, also formell in seinem Rechte, mehr als gebührend ausnützt: so wird die Ansicht Eingang finden, dass wie mit der Famosität der Klage das Bedenken gegen ihre Ertheilung, so mit der magna et evidens calliditas der Grund ihrer Gestattung nicht vollkommen wahr ausgedrückt sey. Vielmehr stellen sich jene Gründe als solche dar, die man, so lange die Angemessenheit einer Klagertheilung nicht zu Faden geschlagen war, lieber als die eigene Ungewissheit zur Schau stellte, von welchen man jedoch wegsah, sobald man sich der Sache sicher wusste.

Nächst dem dolus in jeder seiner Bedeutungen steht eine culpa lata. Sie heisst auch: culpa, quae dolo Comparatur, [13] dann, quae Prope [14] dolum, dolo Proxima, [15] Dolus [16] est. Aus den Worten und dem Zusammenhang, in welchem sie sich finden, ist zunächst im Allgemeinen zu entnehmen, erstens, dass man an Etwas denkt, was vom dolus irgendwie verschieden, aber wesentlich ihm so verwandt ist, dass man es wie dolus behandelt. Zweitens will man das Gebiet einer bestimmten Zurechnung erweitern, indem man jene anders vorgestellten Begehungsweisen zum dolus heranzieht. Das Andere nun pflegt, wie culpa überhaupt als Fahrlässigkeit, als Uebertriebene Gedankenlosigkeit, Grobe Fahrlässigkeit bestimmt zu werden. Was rücksichtlich der culpa sonst schon ausgeführt ist, spricht gegen ein solches Verständniss auch der culpa Lata. Hauptsächlich kommt in Betracht: dass die Römer einestheils viele Begehungen, welche culpa und culpa lata im vulgären Sinne

13) fr. 1 §. 1 D. si mens. fals. mod. dix. (11, 6).
14) fr. 29 pr. D. Mandati (17, 1).
15) fr. 11 §. 11 D. de interc. in jure (11, 1).
16) fr. 32 D. depos. (16, 3).

sind, ohne Weiteres zum dolus ziehen, anderntheils vorsätzliche Rechtsverletzungen culpa nennen. Der Stellen, welche für das unter culpa lata inhaltlich Vorgestellte Andeutungen geben, sind nicht viele.

Wer einem gefesselten fremden Sklaven seine Bande löst und ihn nachher entlaufen lässt, verletzt ganz bewusst und vorsätzlich fremdes Recht. Seine Begehung wird aber culpa lata genannt, wenn er durch Erbarmen sich bestimmen liess. 17) Dolus ist sie, wenn er darauf ausgieng, den Sklaven für sich zu behalten, wenn er den animus lucri faciendi hatte. Hiernach könnte man annehmen, die Rechtsverletzung, auch die vorsätzliche, mit selbstsüchtigem Zwecke, sey dolus, ohne solchen culpa lata.

Der Gewalthaber, welcher einen aufgetragenen Kauf nicht abschliesst, blos um einem Concurrenten seines Auftraggebers den Vortheil zukommen zu lassen — gratia — begeht culpa lata. 18) Wäre sein Beweggrund etwa inimicitia gegen den Mandanten, oder Eigener Vortheil, so handelte er dolo.

Dieser Fall scheint die Meinung, deren vorhin gedacht ist, zu unterstützen.

Nun findet sich aber, dass bei dem Richter inimicitia, gratia, sordes vollkommen gleich gehalten werden. 19) Hier wird die gratia geradezu dolus malus genannt.

Wenn Einer von oben herab sich auf unten befindliche Menschen stürzt, während er weiss, dass sein Fall Einen oder Einige niederstrecken wird, auch gar Nichts dagegen hat, so heisst dies culpa lata, wenn es aus Lebensmüdigkeit, zu dem Zwecke dem eigenen Leben ein Ende zu machen geschieht. 20) Sonst wäre es dolus. Diese Stelle scheint das Verständniss der culpa lata am Besten einzuleiten.

---

17) fr. 7 D. eod. fr. 7 §. 7 D. de dolo malo (4, 3).
18) fr. 8 §. 10 D. Mand. (17, 1).
19) fr. 15 §. 1 D. de judic. (5, 1).
20) fr. 7 D. ad leg. Iul. de sic. (48, 8).

Inimicitia, gratia, miseratio können nicht die Kennzeichen des dolus oder der culpa seyn. Denn sie sind bald dolus, bald culpa und, Wann sie das Eine Oder das Andere seyen, entscheidet sich nach ausser ihnen liegenden Rücksichten.

Ist hiernach eine gewisse Willensbestimmtheit gegen eine andere als das Verhältniss des dolus zur culpa lata nicht zu erweisen, die Vorstellung aber eines Verhältnisses, wie von Vorsatz zu Fahrlässigkeit u. dgl., aus den Quellen geradezu widerlegt: so bleibt nur das allgemeine Verhältniss einer irgendwie begrenzten zu einer erweiterten Zurechnung, eines Thatbestandes, welchen man einem erst allein ausgesprochenen oder vorgestellten darum ganz oder annähernd gleich stellt, weil die Gründe, welche dort entschieden haben, auch hier zutreffen. Das Nennen der culpa lata neben dem dolus hat also lediglich zu bedeuten: mit der Einen, so und so begrenzten, Zurechnung soll diese nicht erschöpft seyn. Hat ein Gesetz auch nur dieser oder jener Begehungsweisen besonders gedacht, hat man auch bislang nur solche im Auge gehabt, so sollen gleichwohl auch andere namentlich dann herangezogen werden, wenn sie in ihrem Effecte jenen gleich und als solche dem Handelnden bewusst sind.

Wenn es einmal heisst: in hac lege culpa lata pro dolo Non accipitur, und als Beispiel einer culpa lata eben jener Fall erzählt wird, dass ein Lebensmüder sich in die Tiefe auf dort befindliche Menschen stürzt: so will der Jurist hiermit sagen, dass man ursprünglich, bei der Abfassung des Gesetzes, solche Fälle nicht im Auge gehabt habe. Dass übrigens auf derartige culpa lata dem Gesetze später in der That Anwendung gegeben wurde, und dass man sie auch eigens ahndete, ist schon früher bemerkt.

Das einzelne Recht, welches Gegenstand der Verletzung ist, das Verhältniss am Individuum, welches Beweggrund ist, dann auch gewisse Eigenschaften und Stellungen im Rechtsleben haben im System ihre hergebrachten, festen

Bedeutungen. Sie sind ja Erzeugnisse des rechtlichen, des Gemeinwillens, entstehen durch diesen, oder vielmehr: jener in diesen Richtungen Ist eben ihr Werden und ihr Seyn. So ist man z. B. über den Unterschied von Personen und Sachen ganz vollkommen einverstanden. Ebenso pflegt man darüber, was Bereicherung ist und was es nicht ist, nicht zweifelhaft zu seyn, also auch nicht über die Qualität des animus, affectus, dem es das Eine oder das Andere gilt. Den Richter vollends mit dem Geistlichen, den Soldaten mit dem Paganus wird Niemand verwechseln. Wissen wir also nur erst, ob es sich um eine Person handelt oder um eine Sache, ob es der Person als solcher, oder ob es ihrem Gute gilt, dann, welches Amts und welches Stands derjenige ist, welcher gehandelt hat: so haben wir die Sache an drei Enden schon ganz sicher, und es handelt sich jetzt nur noch darum, ob er es dolo, oder culpa lata oder levi gethan.

Aber hier ist zu bedenken, dass jene Dinge, welche einverstandene Bestimmtheiten im Systeme sind, der Natur der Zurechnung nach, für Sie solche Nicht sind. Weil das Gegenständliche als Vorgestelltes, Gedachtes überhaupt erst Ist, das Wollen des Individuums aber nur Wollen des von Ihm Vorgestellten, von Ihm Gedachten ist: so macht auch das Gegenständliche selbst alle die Mannigfaltigkeiten durch, welche am Willen als Dessen Reife, Entschiedenheit u. s. w. gewürdigt zu werden pflegen. Bei der miseratio für den servus compeditus wird meist auch etwas inimicitia gegen den Herrn oder wenigstens eine gewisse Gleichgültigkeit gegen dessen Schaden sich finden, namentlich wenn der Mitleidige etwa den Sklaven kaufen und dann seine Bande lösen konnte.

Der Mandatar, welcher zum Vortheil seines Mandanten dessen Concurrenten begünstigt, wird das Natürliche oder sogar Wahrscheinliche der Erkenntlichkeit des Begünstigten nicht beabreden mögen.

Dem alltäglichen Leben ist die Anschauung geläufig, dass Galanterie in Zudringlichkeit, diese in Beleidigung Uebergeht.

Ein grosser Rechtslehrer der neuen Zeit baut seine Lehre von der juris ignorantia auf das Argument, dass Bereicherung, lucrum, je nach den Seiten, von welchen man die Sache besehe, etwas dergleichen vorstelle, oder auch nicht.

So kommen alle die Dinge, für welche das System nette Begriffe und scharfe Begrenzungen hat, in der Wirklichkeit und also für die Zurechnung in der allerverschiedensten Mischung vor. Und je nach dem Mischungsverhältnisse wird sich dann auch hier ergeben, was sich bei der culpa fand, dass ein Thatbestand oft mehr vom Fremden als von dem an sich hat, dessen Namen man ihm giebt.

So wenig als dolus und culpa für die Beschaffenheit des Willens an sich, stellen die Categorien des Systems für den Inhalt des Gedachten und Gewollten solche Fächer oder Verschläge dar, aus welchen Thatbestände, wie die Aufschrift sie anzeigt, sich hervorziehen liessen. Wir haben diese, jeden für sich, zu Construiren. Dabei Will und Kann uns das Recht nicht mit Räumlichkeiten, Zahlen, Maassen helfen, sondern nur die Momente andeuten, auf welche es ihm ankommt. Das römische Recht giebt im Allgemeinen zu erkennen: dass Zurechnung ohne Bewusstseyn, Willen, ihm ein Unding ist. Es hebt einzelne Verhältnisse hervor, nach ihrer Bedeutung, welche sie für die rechtliche Ordnung haben, und bedroht ihre Verletzung zunächst in Dieser Hinsicht. Denn redet es auch zu dem Individuum und bedroht dieses in dem Maasse, als sein Wille dem Recht bedrohlich ist. In dieser Hinsicht geht es auf Beweggründe ein. Es lässt zwar erkennen, dass deren selbstsüchtige Natur die Reaction vorzugsweise herausfordert: aber zugleich will es dieselben nicht über Einen Leisten ziehen, sondern ihr Verhältniss unter sich und zu der gesammten Pflichtstellung des Individuums allseitig erwogen haben. Endlich wird bei gewissen bestimmten Strafgesetzen zu ihrer Anwendung überhaupt, bei unbestimmten zur Verhängung der schwereren Strafübel mit dolus das Erforderniss einer entsprechenden

Reife des Bewusstseyns und Bestimmtheit des Willens betont. Wenn der dolus in den einzelnen Thatbeständen die Richtung des Willens auf ein Gegenständliches oder Dessen Beziehung auf das handelnde Subject bedeutet, so drückt er Hier die Beschaffenheit des Willens Bei jener Richtung und Beziehung aus.

Mit dieser letzten Rücksichtnahme hat das römische Recht seinem Princip volle Rechnung getragen. Es hat zwar für den unrechten Willen nur den Maassstab seiner äusserlichen Ordnung und ihrer Gefährdung. Aber es rechnet nur Dem zu, der die Bedeutung seines Handelns Weiss und unrecht Will. Wer das Verbot und die Ahndung kennt, unterzieht sich dieser durch seine Uebertretung mit Willen. Wem aber mit Willen geschieht, dem geschieht mit Recht, und zwar, nach Verhältniss seines Willens, Entsprechend mit Recht. So ist das römische Recht gegen den betroffenen Einzelnen immer und vor sich selber noch besonders in so fern im Recht, als es nicht Mehr Uebel droht und zufügt, wie seine Erhaltung erfordert.

Bei den Schriftstellern finden sich über das Wesen des dolus widersprechende Ansichten.

Donellus[21]) wendet sich der ältesten überlieferten Definition mit Vorliebe zu und vertheidigt sie mit Wärme gegen eine jüngere Kritik. Dolus ist ihm: machinatio, cum aliud agitur, aliud simulatur. Weil aber das metus causa gestum Auch unter den dolus fällt, weil der praedo und latro, der sicarius Auch dolo malo handeln, muss Donellus diesen Personen die wunderlichsten Ausflüchte in den Mund legen, um sie in die Falle zu kriegen. Er meint: wer Einem Gewalt anthue, Schrecken einjage, Stelle sich eigentlich nur, als wolle er jenem ein Leid zufügen. Seine Absicht gehe eigentlich darauf, ihm etwas abzujagen. Der praedo und latro pflegten die Eigenthümer hinterlistig sicher zu

21) Donell. Com. Lib. 15 cap. 41.

machen, pflegten vorzugeben, dass sie auf die geraubte Sache ein Recht, ihrer nothwendig bedurft hätten, der Besitzer derselben unwerth wäre u. dgl. — Auch der sicarius pflege sein Opfer in Sicherheit zu wiegen, gebe sich nachher das Ansehen, er habe aus Nothwehr getödtet, habe nur verwunden wollen u. dgl. Lassen diese Missethäter sich einmal einfallen, frisch darauf los zu gehen, auch nachher ihren Fehler ehrlich zu bekennen: so entschlüpfen sie hierdurch zwar der Definition des Donellus, aber nicht dem Gesetze, welchem so wie so ihre Begehung dolus ist. Also hat das Recht noch andern dolus als Donellus hat. Dieser definirt nur Den dolus, welcher Täuschung, Betrug ist, meint aber, er definire Allen dolus. Um den Andern dolus für seine Definition gerecht zu machen, muss er ihn erst zu Täuschung und Betrug machen, d. h. er muss, seiner fehlerhaften Definition zu Gefallen, den Dingen Gewalt anthun, die Begriffe entstellen.

Bei v. Löhr[22]) findet sich eine gute Bemerkung, die aber für das Ganze seiner Darstellung an Resultaten nicht fruchtbar war. Culpa im Allgemeinen, sagt er, ist Illegalität mit Ersatzpflicht. Kriterium ihres Daseyns ist weder die Einsicht in die Causalität der That für den Erfolg, noch die Absicht der Benachtheiligung. Beide können ja schuldlos seyn, z. B. jure suo utendo. Alles entscheidet sich aus dem Rechtsverhältniss, in welchem Jemand zum Beschädigten steht, mit andern Worten: man wird ersatzpflichtig nicht dadurch, dass man culpa lata oder levis begeht, son dern dadurch, dass man unter gewissen Umständen diesen oder jenen Schaden zufügt, Begeht man Culpa.

Den dolus erkennt v. Löhr an dem Vorsatz zu schaden, oder an der Absicht zu gewinnen. Unter jenem kann v. Löhr nicht die vorsätzliche Schadenszufügung ohne Weiteres

---

22) Theorie der culpa. Giessen 1806. Beiträge zur Theorie der culpa. Giessen und Darmstadt 1808.

verstehen, sonst wäre er hiermit seiner vorigen Bemerkung untreu geworden. Er wird also Rechtsverletzung mit vorsätzlicher Beschädigung im Auge haben. Nun wird aber z. B. bei der Fertigung und dem Gebrauch falscher Urkunden auf Schaden und schädliche Absicht nicht reflectirt, sondern schon wegen der Möglichkeit schädlichen Missbrauchs werden jene Handlungen geahndet. Es ist genug an der Absicht, welche Nur auf jene Fertigung oder jenen Gebrauch geht. Ebenso ist das Anhäufen von Waffen, das Halten bewaffneter Schaaren vis publica auch bei dem, der etwa nur auf seinen Schutz und seine Sicherheit denkt. Beides ist dolus dem Gesetze nach, aber nicht v. Löhr nach.

Ausserdem soll dolus noch die Rechtsverletzung aus gewinnsüchtiger Absicht seyn. Den Beweis findet v. Löhr darin, dass die actio furti, welche Absicht zu gewinnen fordert, dolus fordert. Aber weil die vielen Klagen, welche Absicht zu gewinnen Nicht fordern, Doch dolus fordern, so muss dieser, bis er Einmal jene Absicht ist, Vielmal etwas Anderes seyn.

Hasse[23]) will nicht Mehr sagen, als dass dolus immer etwas Arges am handelnden Subject, eine verwerfliche Gesinnung voraussetze. Die Römer legen zwar auch Werth auf die Gesinnung, aber für sich allein entscheidet sie ihnen im Rechte nicht. Sie haben überall mehr die Sache, den Erfolg im Auge, als den Seelenzustand der Personen.[24]) Es scheint auch, dass Hasse den Dolus-begriff so nicht erschöpfen, sondern nur andeuten will, jene Gesinnung gehöre unter Anderem dazu. Diess andere sagt er aber nicht und das, was er Allein sagt, ist Für sich allein von Erheblichkeit nicht.

Mit Hasse geht einestheils von Wening-Ingenheim.[25]) Nur setzt er für arg, verwerflich: schlecht, nie-

---

23) Die Culpa des römischen Rechts. Kiel 1815.

24) fr. 2 §. 2 D. pro emtore (41, 5): ... secundum Sabinum, qui potius substantiam intuetur, quam opinionem.

25) Lehre vom Schadenersatz nach römischem Rechte, Heidelberg 1841.

derwichtig. Weiter bestimmt er den dolus noch als Absichtliches Unrecht, als Zweck des Unerlaubten. Meint er hier den Zweck des Unerlaubten Als Unerlaubten, die Absicht gegen das Vorgeschriebene gerade darum, Weil es vorgeschrieben ist, so giebt er dem dolus das zu enge und ganz unrömische Verständniss des Tendenziösen Unrechts. Will er dagegen mit der Absicht und dem Zwecke sagen, dass es dem Individuum um Etwas, das verboten ist, eben zu thun, dass Unerlaubtes für es Beweggrund sey: so erhält er in seinen dolus auch solche Momente, um derenwillen gerade die Begehung von der dolosen unterschieden wird.

Kritz[26]) richtet an das handelnde Subject gleichsam das Ersuchen, ihm die Erklärung des dolus zu ersparen und giebt demselben zu verstehen, wie es dies zu machen habe. Es gebe rechtliche Verhältnisse von solcher Beschaffenheit, nimmt Kritz an, dass ihre Kenntniss, die Art wie man sich zu benehmen habe, ihnen zu genügen, so wie die subjective Möglichkeit eines solchen Benehmens für jeden vernünftigen Menschen nothwendig gegeben seyen. Hier könne Einer jene Kenntniss und Möglichkeit nur in sofern in Abrede stellen, als er zugleich auf das Prädicat eines vernünftigen Menschen verzichte. Da müsse man den Willen, den Vorsatz, nicht zu thun was zu thun war, nothwendig annehmen, weil kein anderer Erklärungsgrund des Benehmens möglich sey. Man sieht, der Autor käme in Verlegenheit, wenn der Mensch sich für einen Gimpel ausgäbe, vollends, wenn dies Vorgeben richtig wäre. Er verlässt sich darauf, dass dies nicht geschehe und lieber der dolus einbekannt werde.

Die römischen Juristen halten zunächst strenge auseinander, was die Neuern vermengen: den dolus als Delict und den dolus der Zurechnung. Dort suchen sie den Thatbestand, zum Unterschied von anderen Thatbeständen, festzustellen. Hier dagegen stellen sie sich die Aufgabe, die

26) Ueber die culpa nach römischem Recht. Leipzig 1823.

Individualität des Falles zu ermitteln; und erklären: dass alles Schematisiren dieser Erkenntniss hinderlich sey [27]).

VII. Die s. g. Aquilische culpa.

Das Aquilische Gesetz giebt Schutz gegen die Rechtsverletzung Ausser der Obligation: aber nur sofern sie in Bezug auf Sachen geschieht und den hieran Berechtigten. Als Rechtsverletzung ist hier jede Beschädigung durch körperliches Einwirken erklärt, sofern ihr Eintreten absehbar und die Handlung, welche jenes verursachte, vermeidlich war. Durch die Natur des Rechts ist die Natur der Rechtsverletzung bedingt. Weil dem Sachenrechte immer nur die gleiche Verbindlichkeit Aller Nichtberechtigten, die Verbindlichkeit sich der Sache zu enthalten, gegenübersteht, so ist Rechtsverletzung nur durch Positives Thun, nicht durch Negatives, durch Unterlassen hier denkbar, indem vielmehr im Unterlassen als solchem gerade die volle Pflicht-Erfüllung besteht. Wie hier die Gegenstände für Alle dieselben und gleichen, scheinen auch ihnen die Individuen gleich zu seyn. Ist etwas verdorben, zerbrochen, und man weiss nur erst, durch Wen es geschehen, so frägt man nicht viel darnach, wer dieser sonst sey, wie ihm selbst hierbei geschehen.

Doch gar so einfach nimmt die Sache das Recht nicht. Weil es wesentlich im Elemente des Willens, also Alles am Individuum für das Recht nur in so fern ist, als es Durch das Individuum ist: so heisst, die Individuen rechtlich nehmen und rechtlich Gleich nehmen, so viel als sie So nehmen, wie sie durch ihre Freiheit und Selbstbe-

---

27) fr. 1 §. 2 D. de doli mali et met. exc. (44, 4): an dolo quid factum sit, ex facto intelligitur. fr. 32 D. de usuris (22, 1): mora intelligitur .. ex persona .. difficilis est hujus rei definitio. fr. 9 D. de verb. oblig. (45, 1): ... in quo genere plerumque sub auctoritate juris scientiae perniciose erratur.

stimmung sind. Die Individuen, wie sie sonst seyn mögen, Gleich behandeln, hiesse: sie Ungerecht und Ungleich behandeln.

So folgt aus dem Princip des Rechts, dass, wie bei der Zurechnung überhaupt, so auch bei der des aquilischen Gesetzes, allen unverschuldeten individuellen Zuständen vollkommen Rechnung getragen werde.

Hiernach leidet auch die s. g. aquilische Verschuldung einen objectiv gefassten und für Alle Gleichen Maassstab nicht. Ein solcher wäre das, was man unter der Voraussicht und dem Fleiss des diligens paterfamilias zu denken, oder eigentlich nicht zu denken, gewohnt ist.

Zwar musste man natürlich darauf stossen und spricht es auch aus: dass weder diligentia noch diligens paterfamilias in Bezug auf das aquilische Gesetz dem Wort oder der Sache nach jemals vorkommen. Allein frägt man, wie Jemand dem aquilischen Gesetze genüge, so lautet die Antwort eben wieder: wenn er die Sorgfalt anwendet, die durchschnittlichen menschlichen Kräften eigen ist. Habe einer besondere Talente, meint man, so müsse er sie allerdings fleissig, soll also heissen, So gebrauchen, wie durchschnittliche Menschen besondere Talente zu gebrauchen pflegen. Habe Einer durch ausserordentliche Anspannung eine Zeit lang auch etwas Besonderes geleistet, so werde er schon wieder nachlassen u. s. w. — Ueberdiess könne ja der Mangel an Genialität Niemanden zum Vorwurf gereichen.

Die Betrachtung einiger Quellenaussprüche wird ergeben, dass der Mangel Gewöhnlicher Capacität und Fertigkeit Auch nicht zum Vorwurf gereicht, dass hingegen Einer, der besonderer Tüchtigkeit sich erfreut, ihrer auch besonders tüchtig sich zu bedienen hat, dass unter Umständen sogar aussergewöhnliche Anspannung gefordert, überhaupt aber allen individuellen Verhältnissen principgemäss auch bei der Zurechnung nach aquilischem Gesetze Rechnung getragen wird.

Wenn ein Freier irrthümlich Jemanden als Sklave dient und im Dienste dessen Sachen beschädigt, soll er gelinder beurtheilt, es soll bei ihm zur Haftungspflicht gravior culpa gefordert werden, als beim Extraneus. [28])

Dass es hier mit der culpa anders als gewöhnlich gehalten wird, ist durch ein besonderes Verhältniss bedingt. Also muss der Entscheidungsgrund dafür, Dass es so gehalten wird, in der Natur jenes Verhältnisses gefunden werden.

Als Sklave dienen, heisst: Nothwendig, Gezwungen dienen. Der Sklave befasst sich mit des Herrn Sachen und mit diesen oder jenen von ihnen nicht nach Wahl, sondern Weil es ihm und mit allem dem, Was ihm geheissen wird.

Der Extraneus, welcher sich mit fremden Sachen zu thun macht, konnte die Hand davon lassen. Lässt er sich dennoch ein, so ist er für jeden Schaden unbedingt verantwortlich, der sich voraussehen liess und welchen zu verhüten in seiner Macht stand. Aber selbst wenn ihm die Sache über den Kopf wächst und er des Schadens mit bestem Willen nicht Meister zu werden vermag, soll er ihn dennoch ersetzen müssen: denn es wird an ihn verlangt, dass er sich nicht mit Dingen befasse, denen er, wie er einsieht oder bei gehöriger Ueberlegung einsehen muss, nicht gewachsen ist. [29])

Diese Imputation des unberufenen Einmischens fällt also bei dem bona fide serviens weg.

Aber damit diess der Fall sey, muss er Bona Fide dienen. Er muss über seinen Stand in Unwissenheit und zugleich muss diese Unwissenheit eine solche seyn, dass sie nicht ihrerseits zugerechnet und hierdurch der Fähigkeit, die in diesem Zustand beruhenden Begehungen zu decken, entkleidet wird.

---

28) fr. 54 §. 1, 2 D. de aquir. rer. dom. (41, 1): . . . liber homo, qui bona fide nobis servit, . . . damnum dando, damni injuriae tenebitur: ut tamen culpam in damno dando exigere debeamus graviorem, nec tam levem, quam ab extraneo.

29) fr. 8 §. 1 D. ad leg. Aquil. (9, 2).



Dadurch, dass die Sache auf bona fides gestellt ist, wird alles nach der Individualität des Handelnden bemessen. Je nach dieser, nicht nach allgemeinen Merkmalen, stellt sich dolus und folglich auch bona fides heraus. Von dolus und hiermit auch von bona fides ist gesagt: facto intelligitur.

Der Grund, dass der bona fide serviens anders behandelt wird als der extraneus, ist: weil er glaubt, dienen zu Müssen. Das Mehr, für welches der extraneus einzustehen hat, ist die infirmitas, imperitia, die er nicht selbst verschuldete, und der Grund, dass Er für diese haftet, ist sein affectare, sein unberufenes, vorwitziges Unterziehn. Aus Beidem folgt: dass der serviens, mit alleiniger Ausnahme dieser letztern Haftung, dem extraneus gleichsteht. Mit andern Worten: wenn der serviens die Kenntnisse und Kräfte anwendet, die ihm gegeben sind, wenn sie auch noch geringer als die des gewöhnlichen Menschen wären, so hat er seine Schuldigkeit gethan. Es ist das Nemliche, was sonst auch mit diligentia quam suis und in der Stelle, welche jetzt folgt, mit agere quasi suum ausgedrückt wird.

Wenn nemlich Jemand ein fremdes Thier auf seinem Grundstück weidend antrifft, darf er es vertreiben. Er soll aber dabei schonend zu Werke gehen: agere quasi suum. Verfährt er barsch und gewaltsam und das Thier nimmt Schaden, so muss er ihn ersetzen.[30])

Mit Seinen Thieren verfährt wohl Jeder so, wie es ihm eben gegeben ist, wie er es versteht. Wer die Eigenheiten, etwa die zarte, scheue Natur eines Thiers kennt, und in dessen Behandlung sonst Erfahrung und Gewandtheit hat, wird mit demselben, wenn es das Seine ist, anders umgehen als der kenntnisslose, auch sonst schwerfällige, unbeholfene Mann.

---

30) fr. 39 §. 1 D. eod.: . . quamvis alienum pecus in agro suo, deprehendisset, sic illud expellere debet, quomodo si suum deprehendisset: quoniam si quid ex ea re damnum cepit, habet proprias actiones. Itaque . . . nec agere illud aliter debet, quam quasi suum.

Jeder soll das fremde Thier So behandeln, wie er es behandelte, wenn es das Seine wäre. Das Seine wird Jeder so unschädlich behandeln, als er es kann und versteht. Wer nun Sein Thier besser als der gewöhnliche Mensch zu behandeln weiss, muss besser als ein solcher auch das Fremde behandeln. Wer es dagegen Nicht so gut wie der durchschnittliche Mensch, z. B. wegen geistiger oder wegen körperlicher Mängel zu Wege bringen kann, dem wird es zu gut gehalten, wenn er es nur so macht, wie er eben kann.

Schon an diesem Beispiel hat sich ergeben, dass Einer der besondere Tüchtigkeit besitzt, diese auch besonders fleissig zu gebrauchen hat. Daraus, dass die geringere Begabung nachgesehen wird, folgt nothwendig, dass auch die vorzugsweise ganz und gar zu bethätigen ist. Der Grund, welcher dort vernünftiger Weise allein angenommen werden kann, die Individuen in der Zurechnung gleich zu halten, entscheidet auch hier. Ferner bezeichnen mala fides, fraus ein Verhalten, das unter allen Umständen verantwortlich macht. Nun werden aber mala fides, fraus nicht an dieser oder jener Quantität von Voraussicht, Kraft, sondern immer einfach daran erkannt, dass Einer jene, sie mag so gross seyn als sie will, gegen andere nicht So anwendet, wie ihm sein Interesse in Eignen Sachen sie anwenden heisst. Ist nun verantwortlich, wer fraude handelt, so ist auch immer verantwortlich Der, welcher gegen Andere nicht nach seiner Ganzen Voraussicht und Kraft verfährt.

Und zwar wird bezüglich dieser Einsicht und Kraft unbedenklich auch aussergewöhnliche Anspannung gefordert, je nach den Umständen unter welchen sich Einer bewegt.

Wenn ein Schiff gegen ein anderes anfährt und dieses beschädigt, so haften der Führer und der Steuermann.[31]

---

31) fr. 29 § 4. D. eod.: si navis alteram contra se venientem obruisset, aut in gubernatorem aut in ductorem actionem competere damni injuriae Alphenus ait. Sed si tanta vis navi facta sit, quae temperari non potuit, nullam in dominum dandam actionem . . .

Sie gehen nur dann frei aus, wenn etwa der Sturm so gewaltig, die See so hoch gieng, dass dagegen anzukommen Unmöglich war. Nicht durchschnittliche Einsicht, sondern alle vorhandenen nautischen Hülfsmittel und Kenntnisse haben sie anzuwenden, alle nur mögliche Anstrengung aufzubieten, den Anprall zu vermeiden. Wird der gute Hausvater es zweckmässig, rathsam finden, dem Zug, der Nässe sich übermässig auszusetzen, den für die Gesundheit so nöthigen Schlaf sich zu versagen? Hätte er sich der Führung des Schiffs unberufen unterzogen, so müsste er natürlich für alle daraus sich ergebenden Zufälle stehen, wie auch z. B. der Eselstreiber, Lohnkutscher, die das Gewerbe wählen. Aber es kann sich auch ergeben, dass Jemand durch gebieterische Umstände auf den Posten gerufen wird. Auch diesen Fall umfasst die Stelle und lässt gleichwohl die Haftung so weit gehn, als das Ausführbare, das Mögliche reichen. Also wird hier in der That durch Tag und Nacht und Wind und Wetter die aussergewöhnlichste Anspannung gefordert.

Aehnliche Ansprüche werden an den Heizer und Aufseher erhoben, die ein Feuer zu überwachen, dessen Umsichgreifen zu verhüten haben. 32)

Ferner an den Reiter, so lange er zu Pferde sitzt, mag er nun in Gesellschaft von Mehreren reiten, 33) oder vielleicht Allein über den Speisemarkt zwischen Eiern und Milchtöpfen.

Auch der Wundarzt muss bei dem Kranken ausharren, den er geschnitten hat, ganz so wie es eben die Kur erfordert. 34)

Bisher war davon ausgegangen, dass Beschädigung fremder Sachen widerrechtlich sey und zum Ersatz verpflichte, sofern sie absehbar, vermeidlich war. Diess führte darauf, die Aufmerksamkeit, den Kraftaufwand zu bestimmen, die

---

32) fr. 27 §. 8 D. eod.: . . . nec quisquam dixerit in eo, qui obdormivit, rem eum humanam et naturalem passum . . .

33) fr. D. de eod.

34) fr. 8 D. eod.

Jemanden zugemuthet werden und deren Bethätigung, bei dennoch eingetretenem Schaden, diesen dem zufälligen gleichstellt. Es hat sich nun ergeben, dass bei Beurtheilung dieser Frage jedes objectiv gehaltene Maass, jeder Durchschnitt unbrauchbar, vielmehr aus der Individualität des handelnden Subjects und aus den Verhältnissen, in denen es sich bewegt, das Maass des schuldigen Verhaltens immer erst zu entnehmen sey, dass also aus jenen sich wohl bestimmen lasse, wer unter Umständen ein guter Hausvater, nicht aber nach der Type eines Solchen, wie es im einzelnen Falle zu halten sey.

Uebrigens ist das Verbot der Beschädigung fremder Sachen nicht so unbedingt zu verstehen. Das Recht schützt zwar Jeden an seinen Sachen, aber doch nicht mehr und nicht anders, als diese Sachen es werth sind. Treten überwiegende Rücksichten auf der andern Seite ein, so stellt sich das Recht sofort auf diese und giebt die Sachen preis. So ergiebt sich eine Reihe von Fällen, in denen nicht nur die absehbare, vermeidliche, aber doch nicht vermiedene, sondern selbst die vorgesehene, bezweckte Sachbeschädigung, ja unter Umständen sogar dann frei ausgeht, wenn sie mit Wissen des fremden Rechts geschah.

Bei Feuersnoth ist Jeder berechtigt, das Nachbarhaus einzureissen, um dem Vordringen des Feuers bis zum eignen Gebäude Einhalt zu thun. [35])

Wenn ein Schiffer mit seinem Kahn in dem Ankertau eines andern oder in Fischernetzen sich verfängt, so darf er diese durchhauen, um den Kahn flott zu machen. [36]) Die Befugniss, das herantreibende Schiff zu zerstören, um die Taue oder Netze zu retten, stünde deren Eigenthümern offenbar Nicht zu.

Wer im Waffenspiel einen Haussohn tödtet oder verwundet, haftet dem Vater nicht, weil es gloriae, virtutis causa

35) fr. 49 §. 1 D. eod.
36) fr. 29 §. 3 D. eod.

geschah.[37]) Die Pflege des Muthes und der Kraft wird vom römischen Recht höher gestellt als der Sachwerth des Leibes und seiner Glieder.

Diess alles sind Fälle, in welchen Sachbeschädigungen erlaubt sind, selbst wenn man vom fremden Recht weiss.

Von den Fällen, in welchen man wenigstens die Beschädigung will und weiss, genügt es, statt vieler das Verhältniss des Besitzers in gutem Glauben anzuführen. Ein solcher giebt, mit der rei vindicatio oder hereditatis petitio belangt, heraus, was er eben hat und beziehungsweise um was er bereichert ist. Im Uebrigen konnte er mit den besessenen Sachen gerade so umgehn, wie ein Eigenthümer mit den seinen.[38])

Die Lehre, man habe die Aufmerksamkeit und Kraft vorsichtiger Menschen oder Hausväter anzuwenden, um die Beschädigung fremder Sachen zu vermeiden, thue man das nicht, so werde man verantwortlich, taugt also überall zu Nichts. Lässt man, dies fühlend, wohl auch einfliessen, der gute Hausvater sei ein solcher, der seine Pflichtstellung, welche sie auch sey, richtig begreife und einhalte, er sey Einer, der es eben immer recht mache, so kommt man lediglich auf den Gemeinplatz hinaus, dass Einer, der es immer recht mache, überhaupt nicht, Jeder aber in den Stücken, in welchen er es recht mache, nicht zur Verantwortung gezogen werde. In so fern könnte man sich das Nennen des guten Hausvaters und vorsichtigen Menschen füglich ersparen. Denn für die Frage, Wie es Einer machen müsse, um es recht zu machen, entscheiden sie nichts. Will man dagegen, wie es in der That der Fall ist, für jenes Wie gleichsam ein Normalverhalten feststellen, so entscheidet man für einzelne Fälle Alles Falsch.

Wenn sich überhaupt immer nur aus besondern Verhältnissen entscheidet, wie man ihnen entspreche und ge-

---

37) fr. 7. §. 4 D. eod.
38) fr. 25 §. 11. fr. 31 §. 3 D. de hered. pet. (5, 5).

recht werde, und folglich auch wie man culpa begehe, nicht aber nach einer vorher und gemeinhin zurechtgemachten culpa die Rechtsverhältnisse ihre Gestalt empfangen, so existirt ein gegebener Inhalt für die Theorie der culpa nicht. Was sie als solchen verhandeln und liefern mag, kann immer nur dazu dienen, die concrete Entwicklung der Rechtsverhältnisse zu verstümpern und ist daher, fast unbesehn, aus dem Systeme zu verbannen.

Sind die Bedingungen einer Klage, welche sie auch seyn mögen, einmal vorhanden, so heisst dies so viel als: dass sie auch angestellt werden könne. Dies gilt von der aquilischen wie von allen andern Klagen. Dass Eine Klage der Andern im Wege stehe, wird gemeinhin nur in so fern der Fall seyn, als die mehreren Klagen Einen Zweck haben und dieser mittelst einer von ihnen schon erreicht ist. Die aquilische Klage wird daher regelmässig auf das Mehr, welches sie als Strafklage enthält, nach der Contractsklage noch zulässig seyn.

Die Concurrenz der aquilischen mit Contractsklagen wird aber noch in einem andern Sinne verhandelt.

Es frägt sich nemlich, ob die Beschädigung eines Gegenstandes, welche unter das aquilische Gesetz fällt, wenn jener Gegenstand zugleich in einem Contracte verfangen ist, schon Darum, Weil er dies ist, auch mit der Contractsklage verfolgt werden könne.

Ansprüche, so gerecht sie sonst seyn mögen, können immer nur mit Der bestimmten Klage verfolgt werden, welche zu ihrem Schutze gegeben ist. Dem entsprechend kann wegen Beschädigung mit einer Contractsklage Schadloshaltung nur in so fern erlangt werden, als die Beschädigung Verletzung dieses besonderen Vertragsverhältnisses ist. Will man daher wegen aquilischen Schadens mit der Contractsklage sich erholen, so kann dies nur darum geschehen, weil die Sachbeschädigung zugleich auch dem Vertragswillen zuwider, Vertragsverletzung ist. Allerdings wird die Contractsklage regelmässig auch den aquilischen Schaden be-

greifen. Daraus folgt aber nicht, dass die Contractsklage ohne Weiteres auch auf aquilischen Schaden geht, sondern umgekehrt, dass die Vermeidung aquilischer Beschädigung gemeinhin auch — ausdrückliche oder stillschweigende — Uebereinkunft der Vertragspersonen ist.

In dieser Beziehung hat die Unabhängigkeit der Klagen von einander ihre Richtigkeit und wird namentlich durch eine Stelle aus Ulpian bestätigt.[39])

Einem Handwerkmeister wird ein Knabe zur Unterweisung übergeben. Er verletzt diesen, indem er über das vertragsmässig eingeräumte Züchtigungsrecht hinausgeht. Ob der Meister ex locato belangt werden könne, bezweifelt Julianus oder lässt es wenigstens dahinstehn. Aus welchem Grund, ist nicht abzusehen.[40]) Während Ulpian das Gleiche thut, räumt er die actio legis Aquiliae unbedenklich ein. Wäre die actio locati schon darum begründet, weil die gegen die lex Aquilia beschädigte Sache auch Gegenstand des Miethvertrags ist, so musste Ulpian darum, weil er die actio legis Aquiliae einräumt, sofort auch die Contractsklage für zulässig erklären.

Ferner frägt es sich, ob ein Verhalten in Bezug auf fremde Sachen, welches nach dem aquilischen Gesetze ersatzpflichtig macht, diese Folge auch alsdann habe, wenn jene Sachen in ein obligatorisches Verhältniss gezogen sind, welches in Bezug auf sie ein anderes Verhalten mit sich führt. Haftet z. B. Jemand, der diligentia quam suis prästirt, wegen Beschädigungen, die er an körperlichen Sachen verübt, auch schon alsdann, wenn nur die Bedingungen der lex Aquilia in seiner Person vorliegen?

---

39) fr. 5 §. ult. D. ad leg. Aquil. (9, 2): Sutor puero discenti ingenuo filio familias parum bene facienti quod demonstraverat, forma calcei cervicem percussit, ut oculus puero perfunderetur. Dicit . . . Julianus injuriarum actionem non competere, quia non faciendae injuriae causa percusserit, sed monendi et docendi causa. An ex locato, dubitat: quia levis duntaxat castigatio concessa est docenti. Sed lege Aquilia posse agi non dubito.

40) An einem andern Orte räumt er unbedenklich die actio locati ein: fr. 13 §. 4 D. loc. cond. (19, 2).

Die Frage entscheidet sich aus den unbestrittenen Rechtsregeln, einestheils dass besonderes Recht das allgemeine ausschliesst, anderntheils dass in verfügbaren Dingen der Vertrag dem Gesetze vorgeht.

In der ersten Beziehung ist vor Allem festzustellen, welches das besondere Recht sey. Das aquilische Gesetz hat es nur mit der Beschädigung in Bezug auf körperliche Sachen zu thun. Fasst man nun die Rechtsobjecte in ihrer Gesammtheit ins Auge, so findet sich, dass das aquilische Gesetz sich nicht auf sie überhaupt, sondern nur auf eine gewisse Art von ihnen bezieht, und in dieser Richtung liesse sich die Eigenschaft eines besondern Rechts für das aquilische Gesetz in Anspruch nehmen. Wenn also, könnte man sagen, der Gesellschafter gemeinhin zwar nur zu diligentia quam suis gehalten ist, so muss er doch in Behandlung körperlicher Sachen der Gesellschaft sich so benehmen, wie es an jeden Dritten verlangt wird.

Auf der andern Seite giebt es Obliegenheiten, welche Alle, die im Staate zusammenleben, gegeneinander einzuhalten haben. Dahin gehört, in seinem Verhalten gegen fremde Sachen, den Anforderungen des aquilischen Gesetzes zu genügen. Die Folge seiner Uebertretung ist gemeine Prästationspflicht. Dann sind aber wieder die Verhältnisse gewisser Personen eigens geregelt. Was z. B. der Gesellschafter, der Vormund sich erlauben dürfen und zu lassen haben, ist unangesehen die Gegenstände, um dieser Eigenschaften willen bestimmt. Der Ueberschreitung dieser besondern Sphäre entspricht eine besondere Prästationspflicht. In so fern liesse sich annehmen dass, wenn zwar Dritte schon dadurch ersatzpflichtig werden, dass sie bezüglich der Sachen eines Mündels oder Gesellschafters nur levis culpa begehn: doch der Gesellschafter und Vormund ihre eigens begrenzte Rechtsstellung erst alsdann verletzen, wenn sie, sei es auch in Bezug auf Sachen, gegen diligentia quam suis verstossen.

Da nun sowohl das aquilische Gesetz, als die Prästationspflicht des Vormunds u. s. w. nur beschränkte Anwendung

haben, jenes dem Gegenstande nach, diese bezüglich des Rechtsverhältnisses, das in Frage steht: so kann nicht in dieser beschränkten Geltung die Besonderheit gefunden werden, welche dem Einen Recht die Eigenschaft des vorzüglichen giebt und nach welcher sich entscheidet, ob vor dem Gegenstande das individuelle Verhältniss oder, jener vor diesem zurückzutreten habe.

Vielmehr ergiebt sich die Besonderheit des Rechts, um die es hier sich handelt, aus dem Wesen der Obligation, welches darin gerade besteht, dass diese das Recht Bestimmter Personen ist. Was dem widerstreitet, ist, wie recht es auch sonst seyn möge, unter Ihnen Unrecht. Wenn hiernach der Vormund oder Gesellschafter, dem diligentia quam suis obliegt, diese an den Sachen des Mündels und der Gesellschaft zwar bethätigt, aber gleichwohl solche levi culpa beschädigt: so hat er einestheils seiner obligatorischen Verpflichtung entsprochen, anderntheils gegen das aquilische Gesetz gefehlt. Da nun jede Klage ihren eigenen Bedingungen folgt, so steht fest, dass in diesem Falle die aquilische Klage begründet ist, aber nicht minder fest, dass dem Erfolge derselben die exceptio doli entgegensteht, weil ja der Kläger etwas fordert, dessen Er mit seinem Eintreten in diese Obligation sich begeben, weil er an Den fordert, der Ihm gegenüber das Schuldige geleistet hat.

Auf den eben erörterten Grund läuft auch der andere hinaus, dass der Vertrag dem Gesetze vorgeht. Er geht vor, weil er zur Obligation führt, die er, sofern es sich um verfügbare Rechte handelt, mit jedem beliebigen Inhalt aufrichten kann.

Für die gegentheilige Ansicht wird ein kurzer Ausspruch des Paulus angeführt.[41]) Obwohl die aquilische Klage nicht

41) fr. 10 D. comm. divid. (10, 3): . . . quamvis legis Aquiliae actio in heredem non competat, tamen hoc judicio heres socii praestet, si quid defunctus in re communi admisit, quo nomine legis Aquiliae actio nascitur.

gegen die Erben geht, soll man doch die actio communi dividundo gegen die Erben anstellen können, wenn man in einer Sachgemeinschaft schon mit dem Erblasser gestanden und dieser etwas begangen hat, was die aquilische Klage erzeugt. Man schliesst hier so: nach dem aquilischen Gesetze haftet man für Beschädigung, welche culpa levi geschieht. Wegen Dieser Beschädigung sollen die Erben mit der Klage aus einem Verhältniss in Anspruch genommen werden können, welches nur diligentia quam suis erheischt. Also wird auch in solchen Verhältnissen für culpa levis gehaftet, wenn nur die Beschädigung an körperlichen Sachen geschieht.

Allein es steht Nichts im Wege, hier an eine Beschädigung zu denken, bei welcher gegen diligentia quam suis Auch verstossen, die Obliegenheit des Gemeinschafters als solchen Zugleich mit dem aquilischen Gesetze verletzt wurde. Zu dieser Auslegung sind wir genöthigt, wenn anders richtig ist, was vorhin bemerkt wurde, nemlich dass die Klage aus einem Rechtsverhältniss überhaupt nur wegen solcher Begehungen begründet sey, welche entweder Nur oder zugleich Auch Verletzungen dieses besondern Rechtsverhältnisses sind.

Paulus will hiernach nicht sagen, dass jede Beschädigung, auch die culpa levi zugefügte, welche gegen den Erblasser mit der actio legis Aquiliae verfolgt werden konnte, gegen die Erben mit der actio communi dividundo verfolgbar sey: vielmehr dachte er wohl daran, dass die actio legis Aquiliae eine Deliktsklage sey und darum nicht gegen die Erben gehe. Man konnte hierwegen sich zu der Annahme versucht finden, dass Ansprüche, die aus Delikten entstehen gegen die Erben überhaupt nicht geltend gemacht werden könnten. Dieser Annahme will Paulus für den Fall begegnen, dass eine Contracts- oder ähnliche Klage zu Gebote stehe. Der Umstand, dass die Begehung Auch die aquilische Strafklage erzeugt, soll nicht im Wege stehen.

Wenn sich überhaupt viele Gründe denken lassen, z. B. bei Vormundschaft und Gesellschaft das schuldige Verhalten

der Obligationspersonen anders zu regeln als etwa bei Kauf und Miethe: so wird es doch kaum möglich seyn, In jenen Verhältnissen eine stärkere Verpflichtung des Vormunds, Gesellschafters bei Körperlichen, als bei Andern Sachen, irgend erträglich zu motiviren.

Man könnte sich über die Bestimmung etwa damit trösten, dass man sie zu den Singularitäten zählte. Nun ist es allerdings fast das Wenigste, was man von Etwas sagen kann, dass es Sonderbar sey. Aber man sagt damit doch, dass eine Bestimmung in Grund und Zweck des Instituts, von dem man handelt, sich Nicht einfüge, und verweist also auf irgend einen anderweiten Zusammenhang, der nun aufzusuchen ist. Das Aergste ist, dergleichen so vorzutragen, als ob gar nichts Besonderes dabei wäre, und so der Gewöhnung Vorschub zu thun, mit dem Ungereimten sich zufrieden zu stellen.

Niemand wird Dem, der eine Sache vermiethet, die durch den eingeräumten Gebrauch abgenutzt, beschädigt werden Muss, hierwegen Wertherstattung aus dem aquilischen Gesetze zusprechen. Der Schaden muss ja Injuria zugefügt seyn. Unrecht geschieht aber dem Einwillgenden nicht. Derselbe Grund, welcher hier, entscheidet auch im andern Falle. Dass der Vermiether dem Miether vielleicht nur an einer oder einigen, der Gesellschafter dem Gesellschafter an vielen oder an allen seinen Sachen Befugnisse einräumt, dass die Art der Einwirkung dort mit Rücksicht auf die Beschaffenheit und Bestimmung der Sachen hier nach dem Zwecke der Gesellschaft und der Individualität der Vertragsperson bemessen ist, hat Alles nicht eine Verschiedenheit des Rechts, sondern die Anwendung der Einen und Gleichen Regel in verschiedenen Beziehungen zu bedeuten. Vom Gesellschafter wird gesagt: de se queri debet, qui Talem adhibuit. Er hat mit einem Solchen zu thun haben Wollen, d. h. er hat nicht für einige Sachen dieses, für andere jenes, sondern er hat die Art und Weise der Person, er hat für seine Sachen Diese gewollt.

Wenn sich vorher als Natur der Sache erwiesen hat, dass jedes Rechtsverhältniss eine Klage nur, soferne es verletzt ist, erzeugt, also auch die Klage aus einem Bestimmten Rechtsverhältnisse nur in so fern als gerade Dieses verletzt ist, entsteht und hiernach ein unabhängiges Verhalten der aquilischen und Contractsklage hat angenommen werden müssen: so treten dagegen die Rechte in eine Wechselbeziehung im System, welche im Exceptionswege Geltung erlangt.

Das Recht der Obligation ist, deren Begriff nach, das vorzügliche für die Personen, welche in dem Nexus stehn. Dies Princip ist auf Beschädigungen angewendet worden. Eine Anwendung desselben ist noch, dass Einwirkung auf fremde Sachen und Unternehmen, von Handthierungen, welche Ausser der Obligation sich als unbefugt herausstellen und hierwegen selbst zur Prästation des Zufalls verpflichten, In der Obligation, je nach deren Inhalt, erlaubtes oder selbst pflichtmässiges Befassen sind, und als solches bei zufälligem Schaden in Betracht gezogen werden.

VIII. Culpa in der Obligation. Culpa und diligentia.

Zwei theoretisirende Aussprüche Ulpians, deren einer in dessen Commentar zu Sabinus[42]), der andere im Ediktcommentar[43]) sich findet, bilden die Grundlage der heutigen

---

42) fr. 23 D. de div. reg. jur. (50, 17): contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. Dolum tantum: depositum et precarium. Dolum et culpam: mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta. In his quidem et diligentiam. Societas et rerum communio et dolum et culpam recipit. Sed haec ita, nisi quid nominatim convenerit . . . vero casus . . . a nullo praestantur.

43) fr. 5 §. 2 Comm. (13, 6): nunc videndum est, quid veniat in commodati actionem: utrum dolus, an et culpa, an vero et omne periculum. Et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus. Dolum in deposito. Nam quia nulla utilitas ejus versatur, apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus: nisi forte et merces

Theorie der culpa in Verträgen und vertragsähnlichen Verhältnissen. Es werden da verschiedne Obligationen aufgezählt. In einigen derselben soll nur dolus, dem anderwärts die culpa lata gleichgestellt wird, in andern, welche weitaus die Mehrzahl bilden, culpa schlechthin verantwortlich machen. Neben der culpa wird hier diligentia, anderwärts auch custodia genannt. Für die Haftungspflicht wegen culpa schlechthin wird sowohl hier als auch sonst vielfältig die Bedingung aufgestellt: dass die obligirte Person aus dem Rechtsverhältniss Vortheil ziehe.

Unter culpa, wenn sie mit dolus allein steht, wird allgemein jenes Verhalten mitbegriffen, welches man als den Einen übrigbleibenden Grad der Pflichtwidrigkeit unter dem Namen culpa levis, theils der culpa lata, theils mit dieser zusammen dem dolus gegenüberstellt. Diese culpa levis ist der Theorie das Verstossen gegen diligentia schlechthin. Letztere aber kennt sie nur als diligentia diligentis patrisfamilias, als die diligentia, welche achtsame, fleissige Menschen in ihren eigenen Angelegenheiten zu offenbaren pflegen. Für custodia giebt es in diesem, von dem Subject seinen Ausgang nehmenden und dessen Würdigkeit in Grade zerlegenden Systeme eine selbstständige Bedeutung natürlich nicht. Sie bedeutet eine „Richtung der Anspannung", eine Bethätigung der diligentia als Abwehr schädlicher Einwirkung von Aussen. Statt custodia besonders zu nennen, konnte auch diligentia ohne Einschränkung erfordert oder die Haftungspflicht von culpa schlechthin abhängig gemacht werden.

---

accessit, tunc enim etiam culpa exhibetur: aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum praestet is, apud quem deponitur. Sed ubi utriusque utilitas versatur, ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate: et dolus et culpa praestatur. Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet ejus, cui commodatur: et ideo verior est Quinti Mucii sententia existimantis, et culpam praestandam, et diligentiam.

Bei der Betrachtung des paterfamilias und der Art, wie er seine Geschäfte treibt, hat sich schon früher ein Missstand ergeben. Er soll für Alle Geschäfte als Richtschnur dienen. Da sich aber in Wirklichkeit patresfamilias nicht finden, die sie Alle treiben, so musste ein solcher je nach Bedarf fingirt, musste aus den Requisiten der einzelnen Geschäfte ein solcher combinirt werden. So hat sich der Eine paterfamilias in viele aufgelöst, in patresfamilias venditores, locatores, muliones, nautas, caupones u. a. m. Es kann sich jeweils nur um sonderliche patresfamilias handeln und um die Art und Weise, wie Solche durchschnittliche Menschen ihre Geschäfte treiben.

Nun giebt aber das Recht nicht undeutlich zu verstehen, dass die Art, wie solche Leute es zu halten pflegen, ihm durchaus nicht in allen Stücken genehm sey. Es gedenkt z. B. ganzer Klassen in nichts weniger als rühmenden Ausdrücken. [44]) Vielmehr kommt es ihm darauf an, dass, abgesehen von solcher Uebung, die Sachen gehörig, ordentlich behandelt werden. Hiernach ist der Paterfamilias, als solcher, uns unter der Hand entschwunden und kann für das Wie fleissig und aufmerksam, das er bestimmen sollte, weiter nicht als Richtschnur dienen. Was uns allein übrig bleibt, ist der Begriff des Fleisses, der Aufmerksamkeit, mit Rücksicht auf das Erforderniss einer bestimmten Sache. Das bis jetzt noch immer unbestimmte Mehr davon, welches culpa oder diligentia schlechthin anzeigen sollen, könnte lediglich nach einem auswärtigen Minder bemessen werden, d. h. in dem Fall, dass dieses selbst etwas Bestimmtes und somit geeignet wäre, das, was anders sein soll, wenigstens in dieser negativen Weise zu bestimmen. Allein weil sich an ihm auch wieder nichts als das Minder fleissig findet, ist es so wenig geeignet, das Bedürfniss, wegen dessen wir

44) fr. 3 §. 1 D. nautae, caupones (4, 9): ut innotesceret . . . hoc genus hominum.

an es gewiesen werden, zu befriedigen, dass vielmehr das gleiche Bedürfniss auch auf Seiner Seite sich herausstellt.

Die Theorie von der levis culpa und lata culpa sagt uns also in der That Nichts, als dass mehr und weniger Aufmerksamkeit, Fleiss vorkomme. Sodann zählt sie einige Rechtsverhältnisse auf, in welchen weniger, andere, in welchen mehr gefordert werde. Weil das Wie viel dahinsteht, reducirt sich Alles auf das Zweierlei. An dieser, allein aus dem Schiffbruch geretteten Habe hält aber die Theorie auch um so fester und verwahrt sich höchlich dagegen, dass es Mehr als Zwei Grade der culpa gebe.

Mit dem Zweierlei für die Zwei Klassen der Obligationen ist das Einerlei für jede einzelne dieser Klassen gegeben. Nichts scheint auch natürlicher, als dass, weil ja der Grund, welcher für die eine und andere Klasse entscheidet, das Vortheil-haben oder nicht, immer der gleiche ist, auch die Folge, welche er bedingt, nemlich der eine oder der andere Fleiss, in jeder Klasse nur in Einerlei Weise sich vorfinde.

Damit übrigens alles dieses mehr als theoretisches Spiel sey und einen Zweck für das System habe, ist zunächst erforderlich, dass aus dem solchen oder andern Fleiss, welchen man für ein Rechtsverhältniss anspricht, also hier aus der culpa, diligentia schlechthin, sich für den Inhalt des Rechtsverhältnisses, für die Thätigkeit, welche erfordert wird, ihm zu genügen, überhaupt etwas Bestimmtes ableiten lasse. Wenn ausserdem die Lehre nicht von vornherein als falsch und irreleitend sich darstellen soll, wird ferner das, was man fordert, nach der Seite des Fleisses, der Aufmerksamkeit hin nur Einerlei seyn, es wird in der levis culpa in der That nur Ein Grad der Anspannung als rechtliche Forderung sich herausstellen dürfen. Endlich wird, wenn diess der Fall seyn sollte, als Grund dafür, Dass es so sey, die Thatsache des Vortheilziehens aus dem Rechtsverhältnisse zutreffen müssen.

Die Titel der Pandekten, welche vom Kauf-geschäfte handeln, haben es viel mit Weinverkäufen zu thun. Der

Verkäufer hat die Verpflichtung, den verkauften Wein bis zu seiner Ablieferung gut zu verwahren, nicht selbst ihn zu verderben, noch der Beschädigung durch Dritte preiszugeben.[45]) Aber denselben etwa abzuziehen, aufzufüllen, überhaupt irgend etwas anzuwenden oder vorzukehren gegen das Sauerwerden oder sonstige Verderben des Weins ist der Verkäufer Nicht gehalten. Ein achtsamer, tüchtiger Hausvater wird aber das Eine so gut wie das Andere thun. Dass der Verkäufer zum Einen gehalten ist, zum Andern Nicht, erklärt sich aus seiner Verpflichtung zu diligentia diligentis patrisfamilias nicht, und damit, dass der Verkäufer für culpa levis hafte, ist also über die Gestalt der ihm obliegenden Verpflichtungen wesentlich Nichts gesagt.

Wenn der Käufer den gekauften Wein zur rechten Zeit nicht abführt, darf der Verkäufer, der seine Fässer sonst braucht, ihn auslaufen lassen.[46]) Ein sorgsamer Hausvater wird so mit seinem Weine nicht verfahren. Er wird lieber Fässer kaufen oder miethen, oder den Wein um jeden Preis losschlagen, namentlich wenn ihm die letztere Möglichkeit bequem geboten oder andere Fässer leicht zu haben sind. Dennoch steht dem Verkäufer die Befugniss zum Ausschütten des Weins Unbedingt zu. Sagt man uns daher, der Verkäufer sey verpflichtet, mit verkauften Gegenständen wie ein guter Hausvater mit dem Seinen zu verfahren, so sagt man uns, in dieser Beziehung wenigstens, die Wahrheit nicht.

Ueberhaupt wird die Verpflichtung des Verkäufers vorherrschend mit custodia bezeichnet,[47]) und wenn auch diligentia vorkommt, so ist nach der Anwendung, die man dem Begriffe giebt, darunter nicht so sehr die Summe des Benehmens eines guten Hausvaters, als vielmehr das Einhalten

---

45) fr. 4 §. 1. 2 D. de periculo et comm. rei vend. (18, 6).

46) fr. 1 §. 3 eod.

47) fr. 1 §. 1. fr. 2 §. 1. fr. 3. fr. 4 §. 1. 2. fr. 11 D. eod.

jener besondern Obliegenheit — diligentia in custodiendo — zu verstehen.

Auf der andern Seite wird kein guter Hausvater anstehen, wird es vielmehr sich angelegen seyn lassen, seinen Sklaven für alle die Dienste zu gebrauchen, für welche derselbe ausgebildet und bestimmt ist. Es giebt deren von gefährlicher Natur, bei welchen man an Seilen oder Leitern klettern, oder in mephitische Tiefen hinabsteigen muss, z. B. das Reinigen von Kaminen oder Kloaken, die Bedienung mancher Maschinen. Der Verkäufer darf den verkauften Sklaven zu dergleichen Diensten, selbst wenn er sie vorher immer besorgte, weiter Nicht zulassen. 48) Dagegen ist z. B. dem Entleiher eines solchen Sklaven dessen bestimmungsgemässe Verwendung so lange gestattet, als nicht der Leihvertrag etwas Anderes mit sich bringt. 49) Bei dem Verkäufer wie bei dem Entleiher handelt es sich um absehbaren vermeidlichen Schaden. Die Theorie, welche sie, die Beide aus dem Geschäfte Vortheil ziehen, für Gleiche culpa haften lässt, führt für Beide, die doch vom Recht Verschieden gestellt sind, zu Einerlei Resultaten.

Der besitzende Pfandgläubiger ist gehalten, die verpfändeten Sklaven, namentlich wenn damit schon der Anfang beim Eigenthümer gemacht ist, in nützlichen Dingen unterweisen zu lassen. 50) Der Verkäufer, welcher verkaufte Sklaven bei sich behält, hat eine ähnliche Obliegenheit nicht. Er kann im besten Falle, wenn er es aus freien Stücken thut, mittelst der venditi actio den Ersatz seiner Auslagen erlangen. 51)

Es giebt Leistungen, welche zu erfüllen für anständig geachtet wird, auch wenn sie vom Gesetz Nicht vorgeschrieben oder vertragsweise Nicht ausgemacht sind. Ferner,

48) fr. 54 D. de act. emti vend. (19, 1).
49) fr. 5 §. 7 D. commod. (13, 6).
50) fr. 25 D. de pign. act. (13, 7).
51) fr. 13 §. 22 D. de act. emti vend. (19, 1).

giebt es Befugnisse, welche das Gesetz aus Zweckmässigkeitsgründen zwar einräumt, aber welche sich zu Nutze zu machen gleichwohl nicht für ehrenhaft gilt. In der ersten Beziehung achtet es das römische Recht für schicklich, von Capitalien, welche man benützt, auch Zinsen zu zahlen. In der letzten Beziehung liessen sich beispielsweise auf kurzen Zeitablauf gegründete Einreden anführen, welche man unzweifelhaften Forderungsrechten entgegen hält.

Nun soll der Bürge die Interessen des Schuldners, der ihm zur Verbürgung Auftrag gab, wie ein vorsichtiger, fleissiger Hausvater die seinen wahren. Hieraus folgt, dass er, der den Rückgriff auf den Schuldner hat, als Beklagter sich aller processualischen Mittel bedienen müsse, welche zu seiner und schliesslich zu des Schuldners Befreiung führen.

Aber das Recht entscheidet anders. Eine Einrede, die minder ehrenhaft ist, braucht der Bürge aus Seiner Person gar nicht vorzuschützen. Aus der Person des Schuldners Muss er eine solche vorschützen, aber er kann sich dem dadurch entziehen, dass er dem Schuldner von der Sachlage Kenntniss giebt und ihn auffordert, den Process selbst zu übernehmen. Steht der Hauptschuldner jetzt nicht ein, so kann der Bürge im einen wie im andern Falle, wenn er wegen Beiseitsetzung der Einrede verurtheilt ist und gezahlt hat, mittelst der mandati contraria actio sich seines Schadens erholen. [52])

Will der Schuldner, welcher auf Zinsen belangt ist, hiergegen Einwand erheben, so muss der Bürge demselben überlassen, seinen Widerspruch gerichtlich auszutragen. Will aber der Schuldner dem beklagten Bürgen zumuthen, dass Er die Zahlungspflicht beabrede, so braucht der Bürge die zweideutige Rolle nicht zu übernehmen, er kann die Zinsen zahlen und Ersatz dafür nachher vom Schuldner begehren. [53])

---

52) fr. 9 §. 12 D. mand. (17, 1).
53) fr. 48 pr. D. eod.

Zu diesen Entscheidungen giebt uns die diligentia diligentis patrisfamilias, zu welcher der Mandatar gehalten seyn soll, den Schlüssel nicht. Ihm wird hier Benachtheiligung des Mandanten nicht nur aus Versehen, sondern sogar mit Wissen und Absicht gestattet. Auch werden statt diligentia vielmehr pudor, existimatio, honestas als Entscheidungsgründe aufgeführt. Aber auch mit ihnen ist die Sache nicht ausgemacht. Denn dem Bürgen wird zwar zugelassen, den Eignen, nicht aber auch Fremden Anstand zu wahren.

Der Erbe haftet dem Fideicommissar für levis culpa. Wenn er zwar excipiendo die negligentia rebus suis consueta sich soll zu Nutze machen dürfen: so ist er doch unmittelbar und bis auf Weiteres zur diligentia diligentis patrisfamilias verhaftet, steht also dem Verkäufer, Verpfänder, Vermiether und andern gleich. Hiernach müsste entschieden werden, dass eben so viel Vorsicht und Ueberlegung als von dem Verkäufer, Verpfänder, Vermiether rücksichtlich der verkauften, verpfändeten, vermietheten Sachen, von dem Erben rücksichtlich der zu restituirenden Erbschaftssachen angesprochen werde.

Nun stellt aber Julianus eine ganz andere Behauptung auf. Ein Haussohn ist vom Vater zum Erben eingesetzt und in Codicillen, von deren Existenz aber Niemand weiss, ihm aufgegeben, für den Fall seines kinderlosen Ablebens, die Erbschaft einer Schwester zu restituiren. Der Haussohn lässt, nachdem er Erbe geworden ist, einen zur Erbschaft gehörigen Sklaven frei. Später kommen die Codicille zum Vorschein. Die Bedingung der Restitution tritt ein und nun sollen die Erben des Erben der berufenen Schwester — nicht etwa den Sachwerth des freigelassenen Sklaven leisten, was etwa darauf, dass sie in dem Patronate einen Vortheil auf fremde Kosten erlangt hätten, sich zurückführen liesse: nein, sie sollen der Schwester des Erblassers deren ganzes Interesse, also auch, wenn der als Sklave zum Erben Eingesetzte Nach der Freilassung die Erbschaft für Sich

angetreten hat, den Werth dieser ganzen Erbschaft ersetzen.[54])

Der Fiduciar soll also auch für Schaden, den er in entschuldbarer Unwissenheit verursachte, einstehen. Der Verpfänder und die andern sollen für Diebereien, welche ihr Sklave zum Nachtheil der andern Vertragsperson begeht, nur dann haften, wenn sie von der Eigenschaft des Sklaven wussten oder schuldhaft nicht wussten.[55]) Wäre der Fiduciar gehalten wie diese, so dürfte er für Leistung des Interesse nur in dem Falle verpflichtet geachtet werden, dass er die Codicille und ihren Inhalt kannte und nichts-destoweniger den Sklaven freiliess.

Auch die Verpfänder und Vermiether mussten der Möglichkeit gedenken, dass der verpfändete, vermiethete Sklave diebisch sey und konnten zur Abwendung des hieraus für den Gläubiger, Miether, etwa zu gewärtigenden Schadens das Erforderliche vorkehren. Das Unterlassen macht sie aber nicht ersatzpflichtig. Dagegen wird an den Erben verlangt, der Möglichkeit, dass der Erblasser über seinen Nachlass noch anderweit könne verfügt haben, stets zu gedenken, sich als den schliesslich Berechtigten nicht vorschnell zu betrachten, und wird hiermit an ihn eine Bedachtsamkeit und Enthaltung angesprochen, die mit der Vorsicht und Thätigkeit des Vermiethers, Verpfänders, nicht im Verhältniss steht.

An diesen Beispielen zeigt sich, dass aus der diligentia, diese als einen Grad von Aufmerksamkeit oder Fleiss vorgestellt, für die Beschaffenheit einer Obligation und die Thätigkeit, welche an die Obligationspersonen angesprochen wird, etwas Bestimmtes überhaupt nicht folgt. In den einzelnen zur Klasse gezählten Rechtsverhältnissen wird das Verhalten, welches in den Beziehungen, die ihnen gemein

---

54) fr. 35 §. 2, 3 D. ad S. C. Treb. (36, 1).
55) fr. 61 D. de furtis (47, 2).

sind, nach jenem Princip in Allen vorkommen, und ein Gleichförmiges seyn müsste, theils gefordert, theils auch nicht, und stellt sich überhaupt als ein vielfach Verschiedenes heraus.

Es soll jetzt noch gezeigt werden, dass in den Obligationen, für welche man unter dem Namen diligentia oder levis culpa eine, wenn auch vergleichungsweise gesteigerte, doch aber nur Einen Grad von Anspannung verlangt, in der That Mehrere und auch Höhere, wenn man will, Grade der Aufmerksamkeit und des Fleisses angesprochen werden.

Die Verschiedene diligentia ist Mehr diligentia bei dem Pfandgläubiger als bei dem Verkäufer. Dieser hat die verkaufte Sache hauptsächlich nur gegen schädliche Einwirkung von Aussen zu bewahren, jener muss sich mit der Pflege der verpfändeten Sache in höherem Maasse befassen, auf sie Verwendungen machen. Leistungen jeder Art erfordern Ueberlegung, Thätigkeit. Die Summe davon, welche ein Individuum schuldet, ist Dessen diligentia. Wer mehr von Jenen schuldet, haftet für Mehr diligentia.

Der Schuldner, welcher einen Sklaven verpfändet, der nachher den Pfandgläubiger bestiehlt, hat diesem nur dann den Schaden zu ersetzen, wenn er von dem diebischen Hange des Sklaven Kenntniss hatte. Wer aber einen Sklaven Jemanden in Aufbewahrung, oder einen bestimmten Sklaven zu kaufen Auftrag giebt, muss den bestohlenen Depositar und Mandatar schadlos halten, mochte ihm die Eigenschaft des Sklaven bekannt seyn oder nicht. Es wird unterstellt, dass der mandans, deponens, über den Character des Sklaven sich zu verlässigen vermochten.[56] Dass sie es nicht thaten, ist ihre Verschuldung. Für die culpa, für welche Sie haften, haftet der Verpfänder nicht. Sie haben Mehr diligentia anzuwenden als der Verpfänder, oder: sie prästiren noch Leichtere culpa als dieser.

---

56) fr. 61 §. 5 D. eod.

Der Entleiher, welcher sonst strenge gehalten wird, haftet doch für gewaltsames Beschädigen der entliehenen Sache durch Dritte nicht.[57]) Dagegen ist entschieden, dass der Pächter eines Feldgutes, der mit seinen Nachbarn in Hader lebt, dem Eigenthümer den Werth der Bäume zu ersetzen habe, welche jene aus Feindseligkeit gegen den Pächter beschädigten.[58]) Eine solche Obliegenheit trifft, wie nicht den Commodatar, so auch andere Miether nicht, sondern lediglich den Colonus. Mag nun dessen Verschuldung im unfriedsamen Verhalten gefunden werden oder im Versäumen der nöthigen Wachsamkeit und Abwehr: jedenfalls muthet man ihm in diesen Beziehungen mehr Anspannung zu, als andern Miethern und dem Commodatar.

Das römische Recht geht davon aus, dass dem Diebstahl leichter als der gewaltsamen Beschädigung, dem damnum injuria datum vorzubeugen sey. Desshalb ist gegen den zu custodia Verpflichteten, der sich eine Sache stehlen lässt, schon Hierwegen die Ersatzklage begründet. Dass es so sey, kann, auch wenn es nicht ausdrücklich bemerkt ist, daraus entnommen werden, dass dem Bestohlenen die actio furti zusteht. Sie steht nur dem zu, der bei dem Diebstahl interessirt ist. Diess ist Jemand, der eine Sache zu restituiren hat, nur in so fern als er für deren Abhandenkommen einstehen muss. Mit Gestattung der actio furti ist also das Interesse, mit diesem aber die Ersatzpflicht anerkannt.

Nun stehn der Pfandgläubiger, Pächter, Commodatar für Diebstahl ein.[59]) Für damnum injuria datum haften sie nicht, dagegen sollen der caupo, stabularius auch gewaltsam zugefügten Schaden zu ersetzen haben.[60]) Wie jede gesetzliche Verpflichtung zum Schadenersatz, kann

---

57) fr. 19 D. commod. (13, 6).
58) fr. 25 §. 4 D. loc. cond. (19, 2).
59) fr. 12, 14 §. 2, 17 D. de furtis (47, 2).
60) fr. 3 §. 1 D. nautae, caupones (4, 9).

auch die ihrige nur auf eine, sei es erwiesene oder präsumtive, Verschuldung zurückgeführt werden. Dass dies der rechtliche Gesichtspunct in der That sey, geht auch daraus hervor, dass sie fatale damnum, vis major, Nicht zu vertreten haben. Wenn der caupo haftbar erklärt wird, etsi sine culpa ejus res perierit, so bedeutet dies, dass der Schaden zwar nicht durch Sein Zuthun veranlasst, aber mittelst der Vorkehr und Wachsamkeit, welche eben Ihm zugemuthet werden, abwendbar war. Mit Prästation des irgend abhaltbaren damnum injuria datum aber prästirt er Mehr als die levis culpa, welche auch der Pfandgläubiger, Commodatar und andere prästiren.

Die Verpflichtung des negotiorum gestor ist je nach Umständen verschieden bemessen. Bald hat er weniger als der gewöhnliche vir diligens, bald auch mehr als ein solcher zu leisten. Es frägt sich zunächst, ob der Schaden des Geschäftsherrn, wenn sich Niemand seinen Angelegenheiten unterzog, ein Gewisser und ob überhaupt Jemand ausser dem, der die Geschäfte aufnimmt, zu deren Besorgung bereit war. Stand der Schaden mit Sicherheit bevor und wollte sich mit seiner Abwendung sonst Niemand befassen, so mag der negotiorum gestor die Geschäfte auch minder gut als ein vir diligens führen, er mag selbst gar Nichts zum Nutzen des Geschäftsherrn thun: dieser stellt sich dabei nicht schlechter, als er ohnehin sich gestellt hätte. Der Geschäftsherr hat keinen Schaden, also auch keinen Anspruch auf Schaden-Ersatz. [61])

Ganz anders stellt sich die Sache, wenn der Geschäftsführer sich zudrängte, wenn er Veranlassung war, dass Andere sich der Besorgung enthielten. In diesem Falle ist der negotiorum gestor verantwortlich gerade für So viel, als sonst Jemand, der sich voraussichtlich der Geschäfte annahm, leisten Konnte, als namentlich die bestimmte Person, welche etwa verdrängt ist, zu leisten im Stande war. [62]) Mag diese

61) fr. 3 §. 9 D. de negot. gest. (3, 5).
62) fr. 6 §. 12 D. eod.

an Begabung und Mitteln ausnehmend reich seyn; der negotiorum gestor hat jetzt gerade so viel diligentia über die eines diligens paterfamilias hinaus zu leisten, als über diese hinaus von der verdrängten Person zu erwarten war.

Es möchte ermüden, mit den Beispielen fortzufahren. Wie vorher ganz Verschiedene, so hat sich jetzt auch namentlich Mehr diligentia, je nach den Rechtsverhältnissen, die in Frage stehen, und je nach den obwaltenden Umständen ergeben. Allerdings lassen sich, so wenig wie bei der herkömmlichen Musterdiligenz, bei diesen andern Diligenzen Grade bestimmen, welche ihren höhern oder tiefern Stand anzeigen. Aber die alte Schule hatte in der Sache in so fern etwas voraus, als sie von vielen Unterschieden doch noch Einen behandelte. Dass sie aus der diligentia diligentissimi, exacta diligentia, levissima culpa eben wieder nichts Besseres als einen Grad zu machen wusste, lag in ihrer scholastischen Weise. Die Neuern haben den Graden ihre Anerkennuug Nicht versagt, aber durch deren Minderung bis auf Zwei die Theorie noch mehr verknöchert.

Bei der entwickelten Gestalt der Sache ist auch mit der Regel, dass eine Vertragsperson culpa levis zu vertreten habe, wenn sie aus dem Geschäfte Vortheil ziehe, nicht mehr viel gedient. Wäre es auch an dem, so wüssten wir für die einzelnen Verhältnisse doch niemals, Welche culpa, diligentia es sey. Uebrigens giebt es viele Obligationen, für welche die Regel durchweg oder beziehungsweise Nicht gilt. Der Mandatar und Geschäftsführer handeln unentgeltlich, und man lässt sie für levis culpa haften. Der restitutionspflichtige Erbe kann aus der Erbschaft, der Ehemann aus der Dos Vortheil ziehen, und gleichwohl hat es mit der culpa, die sie vertreten, ein eigenes Bewenden. Nun sagt man: die Thatsache des Vortheils verpflichte zu diligentia, die Uebernahme von Aufträgen u. s. w. aber auch. Oder: die Regel vom Vortheil finde bei allen Geschäften statt, nur nicht bei diesen und jenen. Das will doch wohl heissen: wenn wir nicht sonst schon wüssten, wie es wäre, durch

diese Regel erführen wir es nicht. Eine Regel taugt nur etwas, wenn sie Ganz Anwendung leidet und Ausnahmen sind Schlacken im System.

Wenn man von der einen Vertragsperson sagt, dass sie wegen Vortheilziehens Diligenz anwenden müsse, so ist damit von der andern gesagt: dass sie solche anzusprechen habe. Kommt in dieser andern Vertragsperson noch hinzu, dass sie nicht Auch Vortheil zieht, vielmehr nur aus Gefälligkeit, aus einer gewissen persönlichen Aufopferung etwas auf sich nimmt, so heisst es in Bezug auf sie: aequius esse, nemini officium suum damnosum esse. Damit will ihr, nach dem unzweideutigen Ausdruck der Stelle, ein Anspruch wegen solcher Schäden zuerkannt werden, für welche der Pfandgläubiger, Vermiether und andere, welche von dem Verhältniss Auch Vortheil haben, Nicht Ersatz verlangen können. 63). Da diese Schäden immerhin auf eine Verschuldung des Gegentheils sich müssen zurückführen lassen, so kann man sagen: dass der Depositar, Mandatar, auch solche Diligenz, welche der Pfandgläubiger, Vermiether Nicht anzusprechen haben, also Mehr Diligenz als diese Letztgenannten zu fordern berechtigt seyen. Und zwar nicht aus dem Grunde, weil der Deponent und Auftraggeber Vortheil haben, sondern desshalb, weil diese solchen haben, zugleich Sie Selbst aber Nicht.

Uebrigens wird die Regel auch von Rücksichten, welche mit dem Vortheil, sei es nur Einer oder Beider Vertragspersonen, gar nichts zu thun haben, durchkreuzt. So soll

---

63) fr. 61 D. de furtis (47, 2): . . . si sciens quis ignoranti furem pignori dederit, omnimodo damnum praestare cogendus est . .

quod vero ad mandati actionem attinet . . . hoc amplius quam in superioribus causis servandum, ut etiam si ignoraverit is, qui certum hominem emi mandaverit, furem esse: nihilo minus tamen damnum decidere cogetur . . .

idque evidentius in causa depositi apparere, nam . . . aequius esse, nemini officium suum, quod ejus, cum quo contraxerit, non etiam sui commodi causa susceperit, damnosum esse.

z. B. bei dem Trödelvertrage [64]) die Vertragsperson, welche die andere um den Vertrieb der Waare angieng, abhaltbare Zufälle unbedingt zu vertreten haben. Trug sich kein Theil an, liegt ein von Beiden Seiten Gleiches Entgegenkommen vor, so ist von solcher gesteigerten Haftbarkeit und Diligenz die Rede nicht, beide Theile leisten sich nicht mehr, als der Pfandgläubiger dem Verpfänder, der Miether dem Vermiether u. s. w.

So laufen neben der Regel vom Vortheilziehen vielerlei andere Regeln und Rücksichten her, z. B. Dienstleistung aus reiner Gefälligkeit beim Depositar und Mandatar, Verdrängen und Abhalten Dritter beim negotiorum gestor, Antrag beim Trödler. Nichts rechtfertigt die Annahme, dass die Reihe der Erwägungen hiermit geschlossen seyn solle, vielmehr wird auch andern, als den genannten, und den genannten auch in andern Beziehungen je nach Umständen Rechnung zu tragen seyn.

Ueberhaupt ist das Vertragsrecht das bewegliche Recht, und hat dem individuellen Bedürfnisse zu genügen. In so fern will es seinen Inhalt überall besonders erzeugen, und alle gemeine Regel, die ihm von Aussen eingegeben wird, verkümmert sein Gedeihn.

Ferner ist es der Begriff des Vertragsinhalts, ein Vereinbarter, Gewollter zu seyn, und das Recht, welches den Paciscenten in der erst frei erklärten Sphäre etwas aufdränge, fiele aus seinem eignen Begriffe heraus. Es mag der Vertragsbefugniss ihre Grenzen weiter oder enger ziehen: aber Innerhalb derselben und überhaupt positiv hat es nichts zu thun, als den Einzelwillen aufzusuchen, zu ergänzen.

Dies erkennt das römische Recht bezüglich der culpa und ihrer Vertretung ausdrücklich an. [65])

---

64) fr. 17 §. 1 D. de praescr. verb. (19, 5).

65) fr. 11 §. 1 D. de act. emti vend. (19, 1): . . sciendum est . . . id deduci, quod praestari convenit . . . nihil magis bonae fidei congruit, quam id praestari, quod inter contrahentes actum est . . . si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt . . .

Hieraus folgt für die Leistungspflicht, welche an den Vortheil aus dem Vertrage und andere allgemeine Thatsachen geknüpft ist, dass sie nur dann und nur in so ferne eintrete, als sie und in wie ferne sie von den Paciscenten Gewollt ist. Aber dass sie und wie sie von diesen gewollt sey, ist alsdann nicht schon aus der Thatsache des Vortheilziehens oder einer andern, sondern entweder aus der Erklärung der Vertragspersonen oder auch aus dem Zwecke zu dem und aus den Umständen, unter welchen sie contrahirten, zu entnehmen.

Nun lehrt allerdings die Erfahrung, dass bei Leistungen, die von Einer Seite geschehen, die Rechtserwartung gewöhnlich auf ein Aequivalent von der andern Seite her sich richtet, ferner dass Jemand zu Aufwand an Geld, Arbeit oder Zeit sich nur dann zu verstehen pflegt, wenn zugleich Eignes Interesse im Spiele ist. Diligenz wird also regelmässig nur Der übernehmen, dem sie irgendwie vergolten wird. Mit der Eingehung eines Geschäfts, aus dem man Vortheil zieht, wird gewöhnlich Diligenz Uebernommen seyn. Wird ein solches bonae fidei negotium errichtet, so ist die Sache ohnehin klar, wenn die Paciscenten sich ausdrücklich oder doch stillschweigend erklärt haben. Wenn sie aber im vorliegenden Falle selbst nicht einmal daran dachten, so war doch ihre Meinung nicht, der Sache einen ungewöhnlichen Verlauf zu geben und: quae moris sunt et consuetudinis in bonae fidei judiciis debent venire.

Hiernach wollen die Juristen mit ihrer Regel nicht sagen, wer von einem Geschäfte Vortheil habe, sey Darum zu Diligenz verpflichtet. Vielmehr erklären sie, dass auf die Intention der Contrahenten Alles gestellt sei, dass diese, die nicht zu erkennen geben, dass sie Aussergewöhnliches wollen, eben das Uebliche wollen, und dass dies Uebliche thatsächlich Leistung der Diligenz als Aequivalent für eingeräumten Vortheil sey. So verstanden, stellen sie eine Regel an die Spitze, welche durchschlägt und reden überhaupt in

allen Stücken wahr. Unter dieser Regel bewegen sich alle andern Rücksichten und Erwägungen eben so frei als die des Vortheilhabens, und zur Entscheidung, Welche jeweils eingreife, werden wir auf den Vertragswillen und thatsächliche Verhältnisse verwiesen.

Es liegt in der Natur der Sache, dass auf diesem Wege nach Richtung und Quantität die Diligenzen in der Mannigfaltigkeit sich herausstellen, wie sie vorhin aus den Quellen nachgewiesen sind. Weil das Vortheilziehen und die andern Umstände, welche die Leistung einer gewissen Diligenz begründen sollen, diese Folge manchmal haben, manchmal nicht, so ist es unzureichend, das Verhältniss nur von dieser Einen Seite zu besehen. Vielmehr muss sie immer in und mit dem Ganzen in Betracht genommen werden. Erst wenn dies geschah, ist uns die Regel, welche einschlägt, klar. Weil aber, Wann diess der Fall ist, uns allemal auch schon das ganze Rechtsverhältniss klar ist, so handelt es sich hier eben um eine Regel, die brauchbar erst alsdann wird, wann wir ihrer nicht mehr bedürfen.

Der Verkäufer und Verpfänder ziehn aus dem Geschäfte gleichmässig Vortheil. Dass gleichwohl Jeder eine andere Diligenz zu leisten hat, fliesst aus der Natur des Verhältnisses, in dem er steht. Verkaufen wird Einer, was er selbst nicht mehr braucht, nicht mehr haben mag. Kaufen wird er, was er nöthig hat. So ist es dem Kaufe natürlich, mit seinem Abschluss auch gleich vollzogen zu werden, und geschieht dies einmal nicht, so wird angenommen, der Verkäufer habe sich auf mehr nicht einlassen wollen, als dem Käufer die Sache bis zur Abholung oder zum Bezuge vorübergehend aufzuheben, zu bewahren.

Anders stellt sich die Sache bei dem Pfandgläubiger. Hier ist einestheils das Verhältniss mehr auf die Dauer berechnet, anderntheils soll es für den Eigenthümer eine weitere Aenderung nicht mit sich führen, als durch die Sicherung des Gläubigers bedingt ist. Darum wird an den Pfandgläubiger verlangt, dass er die Sache so halte, wie der Schulduer

selbst sie halten würde. Er muss für ihre Instandhaltung und sogar für ihre Aufbesserung Verwendungen machen.

Der Pächter eines Feldguts hat wie jeder andere den Vortheil des Gebrauchs und der Nutzung der Sache. Doch soll nur Er für solchen Schaden haften, den Dritte aus Feindseligkeit gegen den Pächter dem Gute anthun. Man nimmt an, dass der Pächter, welcher ein Feldgut bezieht, darauf eingehe, nun auch ganz und gar colonus zu seyn, rein persönliche Beziehungen bei Seite zu setzen, dergleichen Reibungen zu vermeiden, kurz Ganz dem Gute, dem er vorsteht, sich zu widmen und für es Frieden zu halten. Bei dem Miether einer städtischen Wohnung passen diese Unterstellungen nicht.

Die geschäftliche Bewegung des Einzelnen ist bald durch räumliche und zeitliche Verhältnisse, bald durch mangelnde Fähigkeit gehemmt. Die Möglichkeit, auch in der Entfernung gegenwärtig zu seyn, dieses und Zugleich jenes zu besorgen, nicht nur mit der eignen, sondern auch mit fremder Fähigkeit zu handeln, überhaupt sich selbst zu vervielfältigen und zu ergänzen, ist dadurch geboten, dass man Andere Für sich handeln, sich vertreten lässt. Die Bestimmnng des Auftrags ist also, der Sache, welcher man selbst nicht nachkommen kann oder mag, durch Andere zu genügen. Hiernach geht der, welcher einen Auftrag übernimmt, die Verpflichtung ein, mit so viel Geschick und Fähigkeit, als die Sache erfordert, zu handeln. Auf Gefälligkeit wird aber nur rechnen können, wer wenigstens Alles, was an ihm liegt, aufbietet, um den, der sich zu jener versteht, vor Schaden zu bewahren, und diese Zusage muss in der Ertheilung des Auftrags gefunden werden. In dieser Rücksicht tritt eine andere Diligenz bei dem Auftraggeber als bei dem Verkäufer und Vermiether, eine andere bei dem Beauftragten als bei dem Gesellschafter ein.

Wieder anders als der Beauftragte steht der negotiorum gestor, obwohl auch er unentgeltlich handelt. Gegen ihn ist eine bestimmte Rechtserwartung zunächst überhaupt

nicht begründet. Er soll in die Angelegenheiten des Geschäftsherrn sich nur nicht zu dessen Nachtheil mischen. Dies thut er aber, wenn er Einen, der fleissiger und fähiger als er selbst ist, verdrängt. Liegt dieser Fall nicht vor, so mag er viel oder wenig thun. Der Geschäftsherr muss zufrieden seyn, dass wenigstens So viel geschah.

Wer einen Andern aufsucht, ihn um eine Ueberlassung angeht, wird es an ausdrücklichen Verheissungen in der Regel nicht fehlen lassen. Was man aber zu sagen gewohnt ist, wird unter gleichen Umständen für gesagt angenommen werden, auch wenn man sich das Reden erspart hat. Nur solche selbstverständliche Vereinbarung ist als Grund zu denken für die gesteigerte Haftungspflicht, welche im Trödelvertrage den Theil trifft, von welchem die Ansprache um den Vertrieb der Waare ausgegangen ist.

IX. Culpa in der Obligation. Culpa und diligentia.

(Schluss.)

In den Obligationen, in welchen aus irgend einem Grunde diligentia oder culpa levis zu vertreten ist, hat man, darüber sind Alle einig, dolus und sämmtliche Grade der culpa zu unterlassen, oder mit andern Worten, nach Treue und Glauben und mit Fleiss und Aufmerksamkeit zu verfahren. Damit ist gesagt, dass eine solche Obligation ihrem ganzen Inhalt nach zu erfüllen und für jede zurechenbare Nichterfüllung Ersatz zu leisten sey. Bei dem Haften für Jede Nichterfüllung sollte es fast überflüssig scheinen, gewisser besondern Arten der Nichterfüllung unter dem Namen von dolus, culpa u. s. w. zu gedenken.

Nun reden aber die Juristen in diesem Zusammenhang allerdings von dolus und culpa, und setzen häufig noch als drittes Glied diligentia oder custodia oder als drittes und viertes diligentia Und custodia hinzu.

Dies wird ihnen so ausgelegt, als ob sie in der That an die Grade gedacht und in dieser Weise ihrem Gedanken Ausdruck gegeben hätten.

Stehn dolus und culpa allein, dann soll mit der letztern die lata und levis zusammen gemeint seyn. Kommt hinten dran auch noch diligentia, so kann unter culpa die lata, unter diligentia die levis culpa verstanden werden. Oder man kann auch unter culpa die aquilische culpa oder die culpa denken, von deren Prästation man durch die Einrede, dass man in Eignen Angelegenheiten es auch nicht besser halte, sich los machen kann. Diligentia ist alsdann auf die culpa ausser der aquilischen, die Nur vertragswidrige, oder auch auf culpa schlechthin, bei welcher jene Einrede Nicht zugelassen wird, zu beziehen.

Den Anfang macht bei den Juristen immer dolus, dann kommt culpa, zuletzt häufig auch noch diligentia, custodia. Der diligentia wird als Exacta diligentia, diligentia Diligentissimi u. s. w. mitunter noch ein verstärkter Ausdruck gegeben.

Bezieht man nun, wie üblich ist, dies Alles auf das obligirte Subject, so kann man nicht umhin, in den immer in gleicher Reihenfolge wiederkehrenden Ausdrücken Abstufungen der Würdigkeit und Pflichtmässigkeit des subjectiven Verhaltens zu erkennen. Dass eine obligirte Person für dolus, culpa, diligentia u. s. w. einstehn müsse, soll dann nichts anderes besagen, als dass sie nicht nur Bosheit und Hinterlist, sondern auch grobe Pflichtvergessenheit zu meiden habe. Aber sogar damit sey es nicht gethan, sie dürfe nicht einmal solche Unachtsamkeit und Unthätigkeit sich zu Schulden kommen lassen, welche bei einem regelrechten Menschen oder guten Hausvater nicht vorzukommen pflegen.

Die Comparative und Superlative über diligentia und levis culpa hinaus werden nicht mehr berücksichtigt. In der That findet sich auch, wenn man lediglich an den Redensarten festhält, dass diese auch für die einfache diligentia abwechselnd stehen und mehr dienen, jene recht zu betonen

und einzuschärfen, als etwas Verschiedenes technisch auszudrücken.

Dolus, culpa, diligentia werden nur bei Verträgen des jüngern Rechts und bei Verhältnissen, welche bonae fidei judicia erzeugen, erwähnt. Es soll damit offenbar eine Eigenheit dieser Rechtsverhältnisse gegenüber gewissen andern ausgedrückt werden. Welche diese andern seyen, ist schon durch deren gegensätzliche Bedeutung zum Jüngern Recht mit Bona Fides gegeben. Es sind die Verhältnisse des alten, strictum jus.

Nehmen wir nun dolus, culpa, diligentia für Arglist, grobe und leichte Verschuldung, so ist die Sache gleich in eine schiefe Lage gebracht. Sie sollen eine Eigenheit der Rechtsverhältnisse, für welche sie angesprochen werden, gegen die Verhältnisse des strictum jus bedeuten. Eine solche, überhaupt etwas Neues, bedeuten sie aber bei jenem Verständnisse nicht. Durchgehn wir z. B. den Pandektentitel de verborum obligationibus, so findet sich fast auf jeder Seite, dass die Nichterfüllung dessen, Wozu man sich verpflichtet hat, immer ersatzpflichtig macht, wenn sie irgend der obligirten Person zu imputiren ist.[66]) Unterschiede in der Verschuldung zu machen, wird hier ganz überflüssig befunden. Da auch bei den Rechtsverhältnissen mit dolus, culpa, diligentia jedes zurechenbare Zuwiderhandeln Ersatzpflicht begründet, so erhellt einestheils nicht, warum hier Grade abgezählt werden sollen, deren Erwähnung man dort für überflüssig hält, anderntheils wäre nicht abzusehen, warum

---

66) fr. 23 D. de verb. obl. (45, 1): si . . hominem certum mihi debeas . . tenearis . . si per te steterit, quominus eum . . mihi dares. fr. 37 eod. : si certos nummos stipulatus sim et hi sine culpa promissoris perierint: nihil . . debetur. fr. 49 eod. : cum filius familias Stichum dare spoponderit, et cum per eum staret, quominus daret . , datur in patrem de peculio actio fr. 137 §. 4, 5 eod.: inspiciendum est, an qui certum dare promisit, confestim teneatur, an vero cesset obligatio, donec pecuniam conferre possit? . . sed haec recedunt ab impedimento naturali . . est autem facultas personae commodum incommodumque, non rerum, quae promittuntur.

man hier in so ganz anderer und umständlicher Weise verhandelte, während doch in der Sache Alles beim Alten bliebe.

Der gangbaren Theorie ist diligentia immer die diligentia diligentis patrisfamilias, d. h. das Maas des Wohlverhaltens und der Anspannung, welches man bei einem solchen in Bestellung seiner Angelegenheiten wahrzunehmen meint. Was zwischen dieser und dem dolus unter dem Namen culpa in der Mitte liegt, sey es nun culpa lata, oder aquilische culpa, oder diligentia suis rebus consueta, soll etwas vorstellen, das nicht ganz so schlecht wie dolus, aber auch nicht so gut oder wenigstens nicht so vollständig wie diligentia schlechthin ist. Es ist jedoch überaus willkürlich, eine solche Bedeutung in diese culpa zu legen. Wenn man für diligentia schlechthin keine andere Bedeutung als den Fleiss des guten Hausvaters hat, so kann man für culpa schlechthin keine andere Bedeutung als die des Fehlens gegen jene diligentia ansprechen. Man könnte die Worte ganz gut umstellen und erst diligentia, dann culpa setzen. Nichts steht im Wege, die erwähnte Nebenbedeutung mit diligentia statt mit culpa zu verbinden.

Uebrigens werden dolus, culpa und custodia oder diligentia, beziehungsweise das Unterlassen der letzteren, z. B. auch als Prästationsgründe für den Verkäufer genannt. Es ist aber nicht abzusehen, wie dieser an der verkauften Sache, welche ja bis zur Tradition die Seine ist, aquilischer culpa sich soll schuldig machen können.

Ferner wird die s. g. concrete culpa niemals als Culpa, sondern immer als Diligentia und beziehungsweise Negligentia rebus suis consueta eingeführt und Neben der culpa genannt. Wenn daher irgendwo, so könnte die Nebenbedeutung nicht in der culpa, welche hinter dolus steht, sondern müsste in der diligentia, welche hinter culpa kommt, versteckt seyn.

Sehr misslich stellt sich die Sache auch dadurch, dass in den Quellen neben dolus und culpa, oder neben dolus, culpa und diligentia auch noch der custodia Erwähnung geschieht. Nachdem zuerst stufenweise subjective Verhal-

tensarten, culpa-Grade aufgeführt werden, soll dann auf einmal ein viertes Ding, unter welchem allgemein eine „Richtung der Anspannung" verstanden wird, in diesen Context eingereiht werden. Man könnte sich hier noch darum halb zufrieden geben, weil custodia, ob zwar eine Richtung, doch immerhin eine solche des Subjects, diligentia in custodiendo ist. Nur sollte dann die custodia nicht als ein viertes Glied neben der diligentia stehn, sondern auf jenes dritte, als dessen Erläuterung und specielle Anwendung bezogen werden.

Alles hört aber auf, wenn mit dolus und culpa in Reihe und Glied auch noch der reine Zufall, das omne periculum erscheint.[67]) Wenn Ulpian sagt, er wolle nun zusehn, ob man mit der commodati actio nur wegen dolus und culpa des Gegners, oder sogar für omne periculum aufkomme, so misshandelt man den Juristen schwer, wenn man ihn dolus als die Arge Verschuldung, dann culpa als die Minder schwere und nach dieser Drittens etwas, das er selbst als ein ganz Anderes ankündigt, aus dem gleichen Gesichtspunkte erörtern lässt. Man kann wohl fragen, ob nur Verschuldung oder auch zufälliger Schaden zu vergüten sey, wie z. B. auch, ob Jemand sechs Procent Zinsen oder die Nutzung einer Sache anzusprechen habe. Aber zu verhandeln, ob Jemand wegen Arger oder auch wegen Minderer Verschuldung, oder sogar wegen reinen Zufalls ersatzpflichtig werde, wäre nicht minder ungereimt, als etwa zu fragen, ob Einer für den überlassenen Genuss eines Capitals an Zinsen acht Procent oder sechs Procent, oder vier Kühe zu entrichten habe.

Nach allem diesem wird das herkömmliche Verständniss von dolus, culpa, diligentia, sofern sie bei den Obligationen mit omnis culpa Erwähnung finden, aufgegeben werden müssen.

---

67) fr. 5 §. 2 D. comm. (13, 6). fr. 17 §. 2 D. de praescr. verb. (19, 5). fr. 1 §. 35 D. dep. (16, 3).

Die diligentia gehört gewissen Obligationen Eigenthümlich an. Sie ist etwas, das die Obligationen, in denen es sich findet, von andern Obligationen unterscheidet. Solche andere Obligationen, für welche diligentia Nicht angesprochen, die Verpflichtung zu ihr sogar ausdrücklich beabredet wird, sind namentlich die Obligationen mit strictum jus, als deren Repräsentant die verborum obligatio in den Quellen vorzugsweise behandelt ist. [68]) Wenn nun feststeht, dass auch in der verborum obligatio das, wozu man sich verpflichtet hat, mit Allem Fleisse und ganz pünktlich zu erfüllen ist: so kann diligentia, wenn sie etwas Eigenthümliches für ihre Obligation bedeuten soll, Nicht fleissige, pünktliche Erfüllung bedeuten. Der Unterschied aber, welcher nicht in der Art der Erfüllung zu finden ist, kann nur ein Unterschied des zu Erfüllenden selbst, ein Unterschied des Inhalts der beiderlei Obligationen seyn.

Betrachten wir den Inhalt der verborum obligatio im Allgemeinen und seiner Entstehung nach, so erschöpft er sich in dem wörtlich Zugesagten. In dieser Hinsicht schliesst er diligentia nicht aus. Wäre solche stipulirt und versprochen, so wäre sie unstreitig mit der actio ex stipulata erzwingbar.

Betrachten wir in der nemlichen Beziehung den Inhalt der Obligationen mit diligentia, welche die Mehrzahl der Rechtsverhältnisse mit bona fides darstellen, so gehört zu jenem nicht nur das ausdrücklich, sondern auch das stillschweigend Erklärte, ferner Alles was der Natur des Geschäfts angemessen und in diesen Verhältnissen als Uebung und Herkommen erweislich ist.

---

68) fr. 91 pr. D. de verb. obl. (45, 1): si servum Stichum stipulatus fuero . . . si quidem occidat cum promissor, expeditum est.

Sin autem negligat infirmum, an teneri debeat promissor quaerentibus considerandum est, utrum quemadmodum in vindicatione hominis, si neglectus a possessore fuerit, culpae hujus nomine tenetur possessor: ita et cum dari promisit: an culpa, quod ad stipulationem attinet, in faciendo accipienda sit, non in non faciendo? Quod magis probandum est, quia, qui dare promisit, ad dandum, non ad faciendum tenetur.

Rücksichtlich der verborum obligatio wirft Paulus die Frage auf, ob der Promissor, wenn der zugesagte Sklave wegen Kränklichkeit oder sonst einer Hülfeleistung bedürftig sey, diese besorgen müsse. Er verneint es, weil der Promissor nur das Geben des Sklaven, nicht dessen Verpflegung u. dgl. zugesagt habe. Dagegen sollen der besitzende Pfandgläubiger, der restitutionspflichtige Erbe und andere, welche als verpflichtet zu diligentia erklärt sind, eben weil sie dies sind, in ähnlichen Fällen der gehörigen Pflege und Fürsorge sich unterziehen.

Auf der andern Seite hat der Promissor jeder nachtheiligen positiven Einwirkung auf den versprochenen Gegenstand sich zu enthalten. In dieser Hinsicht hat auch er Alle Achtsamkeit anzuwenden. Jede schädliche Begehung, jede culpa in faciendo macht ihn verantwortlich und überhaupt fasst der Jurist die ganze Eigenthümlichkeit der Stellung des Schuldners in der stricten und einseitigen Obligation in dem Ausspruch zusammen: dass dieser nur für culpa in Faciendo, nicht auch für culpa in Non faciendo einstehe. Ist nun die Eigenthümlichkeit der Einen Obligation ihre Einschränkung auf culpa in faciendo und ist das Eigenthümliche, Unterscheidende der Andern Obligation diligentia, so weist diese diligentia lediglich auf culpa in non faciendo, d. h. darauf hin, dass hier die obligirte Person mit allerlei Besorgung, Bewirthschaftung, Pflege, auch wenn diese nicht bedungen, aber doch üblich, herkömmlich sind, sich zu befassen habe, durch deren Unterlassung verantwortlich werde.

Hiermit sind culpa in Faciendo und culpa in Non faciendo als Erheblich verschiedenes in den Quellen ausdrücklich bezeugt. Allerdings nicht in dem Sinn, dass die eine leichter, verzeihlicher als die andere sey. Vielmehr ist damit gesagt, dass man in der einen Obligation nur zu Unterlassung, in der andern auch zu positiver Thätigkeit stillschweigend sich verpflichtet habe. Diligentia ist auch diese Thätigkeit selbst und ist überhaupt so weit entfernt, einen einzelnen Grad subjectiven Verhaltens auszudrücken, dass

vielmehr in Bezug auf sie selbst jedes subjective Verhalten denkbar ist, ihre Unterlassung sowohl dolo als culpa lata oder levi des vulgären Sinnes erfolgen kann.

Wird dann auch noch bemerkt, diese diligentia sey exact, sehr exact oder auch So zu leisten, wie ein pünctlicher oder selbst der allerpünctlichste Mann sie leisten würde, wenn die Sache Ihn angienge: so kann hierin einestheils der einschärfende, figürliche Ausdruck für die ganz einfache Sache gefunden werden, dass Jedes imputable Unterlassen Ersatzpflicht zur Folge habe. Die Ausdrücke bedeuten dann nichts für sich, sondern sind nur gleichsam die Coloratur für eine Verpflichtung, die anderswoher schon bestimmt ist, für einen Begriff, der ausserdem schon fest steht. Anderntheils erfordert allerdings zuletzt jedes Thun und Leisten auch Fleiss oder Aufmerksamkeit, und zwar in dem Verhältniss mehr, als es umfänglich und zusammengesetzt ist. So kann man es wohl, statt nach seiner eigentlichen und objectiven Seite, nach dieser Seite, die es am Subject hat, benennen, und in dieser Hinsicht steht nichts im Wege, diligentia, culpa als Fleiss, Aufmerksamkeit und beziehungsweise Mangel hieran zu verstehen. Nur werden alsdann diese Zustände am Individunm nicht Ihretwegen genannt und bestimmt, sondern um Mit ihnen jenes Andere, um das es sich schliesslich allein handelt, zu bezeichnen. Eben darum werden sie auch nicht von dem Muster des diligens paterfamilias abgezogen, sondern machen alle Wechsel und Unterschiede der einzelnen Obligationen durch.

Ist nach allem diesem diligentia nicht Fleiss, Aufmerkkeit als subjectives Verhalten, so kann der diligens paterfamilias auch nicht zur nähern Bestimmung eines solchen, zur Graduirung der culpa dienen, und hiermit fällt die ganze, gerade Darauf gebaute, Theorie über den Haufen.

Dass neben diligentia und culpa und regelmässig Vor ihnen auch noch dolus als Prästationsgrund sich erwähnt findet, überhaupt gern alles in diesen Verträgen auf bona fides zurückgeführt wird, kann der Sache noch den Anschein

geben, als wolle ganz ausdrücklich vor allen drei Verschuldungsarten hier gewarnt werden, und zwar mit Rücksicht auf die ausnehmende Gewissenhaftigkeit, welche das bonae fidei negotium erheische. Es ist aber immer wieder darauf zurückzukommen, dass dolus und culpa in diesem Verständniss für das bonae fidei negotium nichts Besonderes bedeuten, weil sie auch in der stricten Obligation verantwortlich machen, wenn sie nur gegen Das verstossen, wozu man sich Dort verpflichtet hat, wenn sie also in Beziehung auf die Eingegangene Obligation dolus und culpa überhaupt Sind. In so ferne hatten die Juristen keinen Grund, bei dem bonae fidei negotium redseliger als bei der verborum obligatio zu seyn. Einen Grund übrigens hatten sie doch.

Es ist von vorne herein nicht zu übersehen, dass die Titel, welche von den bonae fidei negotia handeln, alle nach den Klagen, welche jene erzeugen, überschrieben sind. Dann wird auch, wenn es heisst venit dolus et culpa, fortgefahren: in hoc judicio, in hac actione. Hervorzuheben, dass bei dem bonae fidei negotium dolus und culpa prästirt werden, wäre ganz überflüssig, denn sie werden es bei der verborum obligatio ja Auch. Dagegen liegt etwas Besonderes darin, dass bei der verborum obligatio der Betrogene zur actio de dolo seine Zuflucht nehmen oder, wenn er die Stipulationsklage will brauchen können, wegen dolus caviren lassen muss, während bei dem bonae fidei negotium das, was bei der verborum obligatio stipulirt seyn muss, ut dolus malus absit, immer als stillschweigend vereinbart gilt. Ein Unterschied zwischen beiderlei Obligationen kann also nicht bezüglich der Haftung für dolus und culpa, sondern lediglich darin gefunden werden, dass, wenn bei dem bonae fidei negotium über dolus auch Nichts ausgemacht ist, derselbe dennoch, wie überhaupt alles zusammen, mit der Einen Contractsklage verfolgt werden kann. So verliert es auch alles Befremdende, wenn hinter dolus und culpa z. B. noch das omne periculum der nemlichen Frage, welche für jene gestellt ist, unterzogen wird. Inhalt Einer Vereinbarung,

Gegenstand Einer Klage seyn, in der Ersatzverbindlichkeit Einer Person zusammentreffen, können dolus, culpa, Acker, Vieh und Hausrath, Kohl und Rüben und Ob es der Fall sey, lässt sich verständig erörtern und fragen. Wer aber die Schuldigkeit einer Vertragsperson von der Subjectiven Seite in Angriff nähme, in seinen Ansprüchen von dolus zu culpa und bis zu diligentia stiege, dann aber darüber hinaus auch noch auf omne periculum zu reden käme: der hätte unterwegs seinen Standpunct verrückt und verloren und wäre damit der Verrücktheit selber verfallen.

Dolus in dieser Zusammenstellung bedeutet: dass dolus, welcher sonst in einem besondern judicium zu verfolgen, oder wegen dessen Vorsehung besonders zu thun wäre, in diesem Rechtsverhältniss und durch die Klage aus ihm, ohne Weiteres zum Austrag kommt. Was dolus sey, wird als verstanden vorausgesetzt und hierwegen kann auf das schon Ausgeführte verwiesen werden. Durchaus verwerflich ist die vage Vorstellung von Vorsatz, schlechter Gesinnung u. dgl. Immer ist an Positiven dolus, sey es ein besonders benannter Thatbestand, sey es Betrug oder Umgehung des Rechts, zu denken. Wenn das Gehässige der Klage dieses Namens in der That einen Grund abgab, bei ihrer Ertheilung an einer engen Fassung des Dolus-begriffs zu halten, so konnte in dem bonae fidei judicium, in welchem jener Grund wegfiel, die Interpretation erweiternd Platz greifen. Hinsichtlich des Vorgehens in dieser Richtung entscheidet lediglich die Regel der Analogie.

Culpa ist schädliches Thun oder Unterlassen in Bezug auf den Gegenstand der Obligation. Culpa venit heisst, dass solches schädliche Thun oder Unterlassen verantwortlich macht. Insofern dasselbe vertragswidrig und also recht eigentlich und unmittelbar in der Obligation begriffen ist, ergiebt sich die Haftungspflicht des Zuwiderhandelnden als selbstverständlich und bedarf es im Grunde jener Bemerkung nicht. Weil aber dolus hat genannt werden müssen, der

doch nicht Allein stehen darf, bietet sich Anlass, dieser selbstverständlichen culpa ausdrücklich zu gedenken.

Ferner drückt culpa, wenn sie neben dolus allein und ohne diligentia oder custodia steht, als Eigenthümlichkeit dieser Obligation einestheils aus, dass bezüglich des Gegenstandes derselben positive Thätigkeit beansprucht, culpa in non faciendo vertreten werde. Anderntheils bedeutet sie, dass ein gewisses, nicht näher zu bestimmendes, Mehr von Leistungen hier angesprochen werde als in der andern Obligation mit dolus und lata culpa.

Beides wird noch besonders ausgedrückt mit diligentia im weitern Sinn, wenn sie hinter dolus und culpa steht. In einem engern Sinn bedeutet diligentia vornehmlich die auf Bewirthschaftung und Pflege, custodia die auf Verwahrung des Vertragsgegenstandes gerichtete Thätigkeit.

Ganz in dem objectiven Verstande, wie diligentia, wird auch bona fides gebraucht.

Sie bedeutet Vertragserfüllung. Bonae fidei congruit, sagt Ulpian,[69]) id praestari, quod actum est. Praestare quod actum est, heisst anderwärts: bonam fidem praestare. Weiter sagt derselbe,[70]) die bona fides verlange, d. h. in der Natur des Kaufgeschäfts liege, als stillschweigend vereinbart sey anzunehmen: dass der Käufer, welchem aus der Person seines Verkäufers die Sache abgestritten werde, von diesem den Kaufpreis zurückerhalte.

Wer aus Auftrag ein Grundstück kauft, thut nach Ulpian [71]) genug, wenn er bona fide handelt, d. h. nicht, wenn er nur ehrlich zu Werke geht, den Mandanten nicht betrügt: vielmehr wird der Mandatar gleich nachher für jederlei culpa verantwortlich erklärt. Er konnte in gutmüthigster, ehrlichster Weise versäumen, wegen Entwährung sich caviren zu lassen und wäre hierwegen dem Auftraggeber gleich-

---

69) fr. 11 §. 1 D. de act. emti vend. (19. 1).
70) fr. 11 §. 18 eod.
71) fr. 10 pr. u. §. 1 D. mand. (17, 1).

wohl haftbar. Mit bona fides genügt der Mandatar seiner Pflicht. Hier aber handelte er mit Treue und Ehrlichkeit und genügte seiner Pflicht gleichwohl nicht. Desshalb kann bona fides nicht Redlichkeit oder guten Glauben bedeuten. Der Jurist will sagen: dass der Gewalthaber nur für solche Mängel der gekauften Sache einsteht, welche ihm bekannt sind. Hat er eine zwar fehlerhafte Sache gekauft, deren Fehler ihm aber nicht bekannt waren, so hat er nach dieser Seite seiner Verpflichtung genügt, bona fides gewahrt. Auf diesen besondern Inhalt der Obligation also und dessen Erfüllung gehn die Worte bona fides. Der Gewalthaber, welcher für den Auftraggeber Gelder eingenommen hat, braucht sie für diesen nicht auf Zinsen auszuleihen. Hat er sie aber ausgeliehen und Zinsen bezogen, so muss er diese dem Mandanten herausgeben: quia bonae fidei congruit, ne de alieno lucrum sentiat. [72]) Von einem Andern oder dessen Gute Vortheil ziehen, ist nicht durchgehend unehrlich. Mit seinem Mandanten verfährt der Mandatar nicht schlimmer, wenn er dessen Gelder liegen lässt und jener So nichts erhält, als wenn er dieselben für sich benützt und der Mandant ebenfalls nichts erhält. Die bona fides, welche dergleichen Nicht zulässt, kann daher nicht Wohlwollen, Redlichkeit, sie kann nur Etwas, das in der Natur und Absicht des Mandatsverhältnisses liegt und Dessen Berücksichtigung bedeuten.

Wenn der Mandatar auf eine Sache des Mandanten bona fide Etwas verwendet hat, soll er dafür Ersatz ansprechen dürfen. [73]) Dass Verwendungen treu und redlich gemeint sind, genügt bekanntlich nirgends, Ersatzansprüche zu begründen. Bona fides will also nicht dieses besagen, sondern dass die Verwendungen in Gemässheit des Mandatsverhältnisses geschehen seyen.

---

72) fr. 10 §. 3. D. eod.
73) fr. 12 §. 9 D. eod.

Ein ander Mal bedeuten sumptus bona fide facti so viel als: necessario facti.[74])

Bei dem stricti juris negotium gab es Manches, was zwar als vereinbart gelten konnte, aber doch nicht Gegenstand der stricten Klage und darum auf Biederkeit und Pflichtgefühl gestellt war. Es führte den alten Namen fort, als es Erzwingbarkeit im bonae fidei negotium erlangt hatte, und bezeichnete so an diesem zunächst den Inhalt, der es vom stricti juris negotium unterschied. Zuletzt bedeutete es überhaupt den Inhalt, den ganzen oder theilweisen, dieser neueren Obligation.

X. Culpa in der Obligation. Culpa lata.

In der herkömmlichen Auffassung der Diligenz, deren Beiseitsetzung als culpa zu vertreten ist, wiegt die persönliche Beziehung vor. Die geschäftliche Ergebenheit und Treue, welche hier Vertragspersonen einander geloben, schlingt um sie ein familienartiges Band. In dem Wesen der Obligation liegt jedoch, nicht Rechte an der Person, sondern nur auf gewisse Leistungen zu geben. Es galt daher, jene Diligenz in dieser Weise umzustellen, das Innerliche in Aeusserliches gleichsam zu übersetzen.

Neben den Obligationen mit Aller culpa werden auch solche genannt, in denen nur dolus zu vertreten sey. Unter diese Prästationspflicht wird auch culpa lata gezogen. Wenn dies nicht ausdrücklich geschieht, darf es als selbstverständlich angenommen werden.

Die lata culpa nun wird so ausgelegt, dass mit ihr nicht etwas über den Inhalt der Obligation, etwa in Bezug auf

---

74) fr. 56 §. 4 D. eod. Vergl. fr. 32 §. 2. fr. 33 §. 1, 3 D. de adm. et peric. tut. (26, 7). Dagegen wieder dolus allgemein als Pflichtwidrigkeit: fr. 6, 15 D. de tut. et rat. distr. act. (27, 3). fr. 58 §. 2, §. ult. D. pro soc. (17, 2).

den Umfang der schuldigen Leistungen, sondern Von der Obligation Das ausgesagt werde, dass sie weniger Aufmerksamkeit, Fleiss als die andere Obligation auflege. Es wird sich gleich herausstellen, dass bei den Leistungen, welche hier obligationsmässig sind, gerade so viel Fleiss und Aufmerksamkeit, überhaupt dieselbe pünktliche Erfüllung verlangt wird, wie bei der Obligation mit omnis culpa. Wenn dies nun der Fall ist, die Quellen aber gleichwohl sagen, dass hier diligentia oder culpa schlechthin Nicht zu vertreten sey, und von der andern Obligation im Gegensatz zu dieser, dass sie dolus Und culpa begreife, so folgt hieraus noch beiläufig für jene andere Obligation, was vorhin für sich entwickelt wurde, dass die diligentia, welche ihr ja eigenthümlich angehören soll, Nicht Aufmerksamkeit, Fleiss ist.

Wenn ferner in den Beziehungen, in welchen die Obligation mit dolus und culpa lata Verpflichtungen auflegt, Jede imputable Nichterfüllung verantwortlich macht: so drücken auch für diese dolus und culpa lata, welche Nur prästirt werden, nicht ein zulässiges Minder von Aufmerksamkeit oder Fleiss aus.

Wenn endlich zwischen der einen und andern Obligation sich Andere Unterschiede, als hinsichtlich der schuldigen Leistungen überhaupt nicht ergeben, die Ausdrücke dolus, culpa, diligentia einerseits, dann dolus, culpa lata anderseits aber gerade zur Bezeichnung der Unterschiede der einen und andern Obligation dienen sollen, so folgt, dass diese Ausdrücke lediglich etwas am Inhalt der Obligation, einen Solchen oder Andern Complex vereinbarter Leistungen bedeuten.

Von der Klasse der Verträge mit dolus und lata culpa ist am ausführlichsten das depositum in den Quellen behandelt.

Ulpian [75]) sagt: wer von einem Sklaven eine Sache in Verwahrung erhielt, darf diese auch an den Sklaven zurück-

---

75) fr. 11 D. dep. (16, 3).

geben. Nur darf er — der Ausdruck sey gestattet — in der Person des Sklaven nicht das Mindeste versehn. Hat der Depositar auch nur entfernten Grund, anzunehmen, dass der Sklave nicht zuverlässig oder die Rückgabe an diesen dem Herrn nicht genehm sey, so haftet er für den Schaden. Das geringste Versehen in dieser Beziehung macht ihn verantwortlich.

Gajus [76]) spricht für den Fall, dass der Depositar die hinterlegte Sache beschädigte oder verdarb, dessen Ersatzpflicht ganz unbeschränkt aus. Dadurch ist schon an sich Jede Art von Verschuldung einbegriffen. Ueberdies aber stellt der Jurist die legis Aquiliae und die depositi actio in einer Weise zusammen, aus welcher sich entnehmen lässt, dass ihm die Bedingungen, welche jene begründen, auch für diese genügen.

Wie Gajus, entscheidet auch Ulpian. [77])

Derselbe Ulpian [78]) erklärt den Sequester verbindlich, die hinterlegte Sache am Bestimmungsorte rechtzeitig bereit zu haben. Kommt er dieser Verpflichtung nicht nach, so geht gegen ihn die Klage, welcherlei Verschuldung ihn auch treffen mag.

Man sieht aus allem diesem: der Depositar haftet für non reddere und für deterius reddere, und zwar ganz in dem Maasse, wie irgend Jemand für Erfüllung seiner Verpflichtungen haften kann. Zwischen ihm und z. B. dem Commodatare findet also nicht ein Unterschied des Fleisses statt, den sie zu bethätigen haben. In den Leistungen, Welche sie schulden, haben beide Gleichen Fleiss zu halten. Dagegen bringt der Hinterlegungsvertrag nur mit sich, dass der Depositar die Sache des Deponenten in sein Gewahrsam aufnehme, diesen die Sache gleichsam nur hinlegen lasse, übrigens zur Zurückgabe allezeit bereit sey, auch beschä-

---

76) fr. 18 §. 1 D. comm. (13, 6).
77) fr. 1 §. 16 D. dep. (16, 3).
78) fr. 5 §. 1 D. eod.

digender Einwirkung sich enthalte. Diligentia, d. i. thätiges Befassen mit der Sache, und Verwendungen auf diese legt der Vertrag dem Depositare nicht auf. So braucht er auch bei Rücklieferung der Sache sich nur der Leute zu bedienen, die er eben hat, die ihm zur Hand sind. Einen besonders zuverlässigen, geschickten Menschen ausfindig zu machen und anzustellen, liegt ihm nicht ob.[79])

Allerdings reden die Juristen beim Depositum immer nur von dolus, unter welchen sie dann auch das leisest culpose vertragswidrige Handeln ziehn. Dies kann nach dem, was hierwegen früher ausgeführt ist, Anstoss nicht erregen. Sie sagen damit: dass die Begehung eben zugerechnet werde, verantwortlich mache. Dass sie diese, ihnen sonst nicht mehr geläufige Bedeutung des dolus hier fortführen, mag seinen Grund einestheils darin haben, dass die Edictsworte gerade dolus enthalten, anderntheils darin, dass ihnen dieser Ausdruck dienlich scheint, Verpflichtungen, die man jetzt unter culpa schlechthin oder auch diligentia zu verstehen gewohnt war, vom Depositare abzuwehren. Sie nennen etwas dolus, welches nach dem, was sie sonst unter jenem zu verstehen pflegen, es nicht ist, damit es sich ausnehme, als sey die Begehung unter dem Edicte schon nach dessen Wortlaut begriffen. Sie konnten ebenso gut culpa sagen und diese unter das Edict ziehen, dem Edicte eine erweiterte Anwendung geben. Dass sie das Eine und nicht das Andere thun, mag bezeichnend erscheinen für die Stellung der Interpretation zum geschriebenen Recht, von sachlicher Bedeutung für das verhandelte Rechtsverhältniss ist es nicht.

Uebrigens wird von dem depositum gesagt, dass, wie bei Allen Verträgen, so auch bei ihm, durchaus die Intention der Vertragspersonen den Ausschlag gebe.[80]) Was als solche erweislich ist, ist auch mit der depositi actio

---

79) fr. 10 §. 1. 2 D. comm. (13, 6).
80) fr. 1 §. 6 D. dep. (16, 3).

verfolgbar. Der Ersatzpflicht wegen Verschuldung steht hiernach nicht im Wege, dass diese nicht Dolus ist, wenn sie nur sonst nach, ausdrücklicher oder stillschweigender, Erklärung der Paciscenten im Vertrag Begriffen ist.

Vielleicht war die depositi actio aus dem Edict ursprünglich nichts Anderes, als die Dolus-delicts-klage, welcher in dieser besondern Beziehung Anwendung gegeben wurde, so dass der Prätor für das depositum eigentlich Neues nicht einführen wollte, und es ihm nur darauf ankam, wozu auch sonst sich Beispiele finden: specialiter de ea re loqui. Dann war Alles, was nicht dolus war, klaglos und es galt, als Dolus alles zu Interpretiren, was man unter die Edictsklage zu ziehen gedachte.

Anders stellte sich die Sache, als das depositum zum klagbaren bonae fidei negotium sich entwickelt hatte.

Damit war die Interpretation in eine neue Bahn gelenkt.

Wenn es Dort gegolten hatte, den Sinn des Prätors, den Begriff des dolus zu erfassen und von hier aus analogisch vorzugehen, um zu ermitteln, Was vom Vertragswillen Klagbar sei: so stellte sich jetzt, nachdem der Vertragswille, als solcher, Klagbarkeit erlangt hatte, die Aufgabe vielmehr dahin: festzustellen, was Vertragswille sey, d. h. Diesen auszulegen. Die Juristen hatten von nun an ihr Augenmerk nicht mehr auf das Edict, sondern zunächst auf die Erklärung der Contrahenten, dann auf das geschäftliche Bedürfniss und auf die Erfahrung zu richten. Was in jener Hinsicht als angemessen, in dieser als üblich sich herausstellte, hatte im Zweifel als Vereinbart zu gelten. Als in dieser Weise festgestellt, bezeugen die Juristen solche Obliegenheiten des Depositars, wie sie vorhin beispielsweise aus den Quellen angeführt wurden. Diese sind, weil sie als Vereinbart gelten, nun so bindend wie das Edict, und wer ihnen zuwiderhandelt, wird verantwortlich gerade so, wie Einer, der gegen das Edict verstösst, der dolus begeht.

Auf dolus, als Delict, und culpa lata, als Analogon von ihm, kommt Nichts mehr an. Wenn die Juristen jetzt noch

von gewissen obligationswidrigen Handlungen des Depositars sagen, dass sie dolus oder culpa lata seyen, so bedeutet dies nicht, dass sie nach Willensrichtung und Beweggrund, Jenen Gleich, sondern dass sie, gleich jenen, Klagbar seyen. Sie sind nicht mehr obligationswidrig, weil sie Dolus sind, sondern sind dolus, weil sie Vertragswidrig sind.

Hiermit ist dolus als Willensbestimmtheit und culpa in Solcher gegensätzlichen Bedeutung aus dem Spiele getreten. Entscheidungsgrund ist nur noch der Vertrag und Gegenstand der Verpflichtung das, was Vereinbart ist. Ist es dieses Allein, mit dem wir es bei dem depositum zu thun haben, so kann auch nur in dieser Hinsicht ein Unterschied zwischen dem depositum und Verträgen mit omnis culpa sich herausstellen. Wenn ferner zur Bezeichnung dieses Unterschieds gerade dolus und culpa lata, im Gegensatz zu culpa schlechthin, gebraucht werden: so können dolus und culpa lata nur eine Verschiedenheit an dem Vereinbarten bedeuten. Heisst es endlich, dass hier Nur dolus und culpa lata zu vertreten seyen, so ist damit gesagt, dass der Depositar zu Weniger Leistungen als z. B. der Commodatar, dass er namentlich zu solchen Besorgungen und Verwendungen wie dieser, sich Nicht Verpflichtet habe.

Auf diesem Wege stellt sich eine weitere Bedeutung für dolus und culpa lata heraus. Einmal ist dolus das Delict und culpa lata, als Analogon von ihm, Erweiterung des Dolus-delicts-begriffs. Dann drücken aber auch dolus und culpa lata der andern culpa gegenüber das rein Quantitative eines weiten Spielraums des Handelns, eines geringen Maasses schuldiger Leistungen und zugleich das aus, dass jene weit gesteckte Grenze doch noch überschritten, dieses geringe Maass nicht einmal eingehalten sey. Alles läuft auf dies Objective und auf die Frage, ob ihm entsprochen oder zuwidergehandelt sey, hinaus. Die innerlichen Verhältnisse des Individuums hierbei berühren das Recht nicht.

Es genügt, dies an wenigen Beispielen zu erläutern. Wenn ich Jemanden eine Sache in Aufsicht und Bewahrung

gebe, so hat dieser nur für dolus einzustehen, wenn es in meinem Interesse geschah, z. B. um eine Verkaufsgelegenheit abzuwarten. Geschah es dagegen zum Nutzen des Empfängers, dann soll dieser dolus und custodia vertreten. [81])

Man nimmt allgemein an, dass custodia nicht ein gewisses subjectives Verhalten, einen sog. Grad, sondern vielmehr eine Richtung der Anspannung, d. h. Vorkehr gegen Beschädigung von aussenher bedeute. Wer für dolus und custodia einsteht, hat Veranstaltungen in dieser Hinsicht zu treffen. Wer Nur für dolus einsteht, hat sie Nicht zu treffen. Dolus bezeichnet hiernach eine Schuldigkeit der Vertragsperson Abzüglich der custodia, d. h. einen anderen und geringeren Umfang von Leistungen.

Wenn Einer Bäume beschneidet, die am Wege stehen, soll er allemal rufen, bevor er einen Ast niederfallen lässt, damit Vorübergehende auf ihrer Hut seyen. Unterlässt er es und es nimmt Jemand Schaden, so ist er verantwortlich. Stehen die Bäume an einer Stelle, die nicht wegsam ist, so kann der Beschneider das Ausrufen unterlassen. Er haftet jetzt nur, wenn er wusste, dass Leute kommen, und gleichwohl Aeste herabwarf. An der unwegsamen Stelle soll der Beschneider: dolum dumtaxat praestare. [82])

Hiermit soll nun keineswegs gesagt seyn, dass an unwegsamen Strecken gerade nur Vorsätzliche Tödtungen oder Körperverletzungen dem Beschneider zur Last fallen. War er selbst durch Zurufen oder irgendwie aufmerksam gemacht, dass Leute vorüber kommen, hat hieran dann aber weiter nicht gedacht, oder sich etwa darauf verlassen, dass die Leute vielleicht noch nicht so nahe seyen u. dgl. m., so steht er unzweifelhaft für verursachten Schaden ein. Denn seine Haftungspflicht ist einfach darauf gestellt: dass er absehbaren Schaden anrichtet. Der Unterschied zwischen

---

81) fr. 10 §. 1. 2 D. comm. (13, 6).
82) fr. 31 D. ad leg. Aquil. (9, 2).

der wegsamen und unwegsamen Strecke ist nicht, dass dort Fahrlässigkeit zu vertreten sey, hier Vorsatz: er liegt vielmehr darin, dass der Beschneider dort auf das Herabfallen der Aeste Seinerseits aufmerksam zu machen hat, während er hier darauf los arbeiten kann, bis er auf die Annäherung von Menschen aufmerksam gemacht Wird. Diese mindere gegenüber jener mehren Obliegenheit wird mit dolus und culpa bezeichnet.

Hierher gehört auch der Fall von dem Freien, welcher bona fide als Sklave dient. Auch dieser soll wegen Schadenszufügung verantwortlich werden: aber es wird culpa gravior verlangt.[83]) Nun dürfte kaum die Ansicht Vertreter finden, als gehe das Recht darauf aus, vorzugsweise bei dem Gesinde Leichtsinn und Unachtsamkeit durch deren Freigebung bis zum zweiten Grade der culpa zu pflegen. Dagegen fordert die Gerechtigkeit, dass diese Menschen nicht ihr Schicksal entgelten, wie etwas, für das sie können. Den Verrichtungen, zu welchen der Sklave verwendet wird, unterzieht er sich nicht nach Belieben und Wahl. An ihn wird desshalb nicht verlangt, dass er die Sache Recht mache, sondern dass er sie So gut mache, als er eben kann. Wenn ein Freier, der Fuhrwesen betreibt, für den Schaden auch dann einsteht, wenn er die Thiere nicht zu meistern vermag, so ist der Grund nicht, dass er ein Freier ist, sondern dass er sich, ohne der Sache gewachsen zu seyn, auf sie einlässt. Wäre ein Freier etwa Zwangsweise ausgehoben und unter die Fuhrleute gesteckt, und liesse sich nun ungeschickt an, so wäre bei ihm, wie bei dem, der als Sklave dient, zu bemerken: ut tamen culpam graviorem exigere debeamus. Der Unterschied zwischen Dem, der einer Sache sich beliebig unterzieht, und einem Andern, der sie gezwungen verrichtet, ist der: dass Jener haftet, die Sache Gehörig durchzuführen, Dieser So gut, als er es versteht. Diesen

83) fr. 54 §. 1, 2 D. de acquir. rer. dom. (41, 1).

Unterschied aber, also eine mehrere und mindere Obliegenheit, nicht Grade der Unachtsamkeit, sollen levis und gravior culpa bedeuten.]

Für das Minder von Leistungen, welches dem Depositar gegenüber andern Vertragspersonen obliegt, wird von den Juristen allerdings die Thatsache als Grund herangezogen, dass jener für seine Bemühung Nichts erhalte, das Verhältniss für ihn ohne Vortheil sey. Wollte man nun, wie gewöhnlich geschieht, lata culpa für geringe Aufmerksamkeit nehmen, bei welcher es der Depositar desshalb bewenden lassen könne, weil das Depositum ein unentgeltlicher Vertrag sey: so wäre der Grund unsäglich schwach. Die Wirkung oder Folge müsste so weit gehen, als der Grund reicht, und so lange bestehen, als dieser besteht. Sehen wir nun von den am Eingang aufgeführten quellenmässigen Beispielen, welche eine unbeschränkte Haftungspflicht des Depositars in gewissen Beziehungen darthun, einmal gänzlich ab, so leuchtet doch so viel ein, dass der Depositar am Ende der Hinterlegungszeit noch ebenso ohne Bezahlung ist, wie am Anfang derselben. Nun soll aber die mora, welche bekanntlich in jeder Verschuldungsweise vorkommen kann, die Ansprüche an den Depositar mit Einemmal unendlich steigern. Wir haben daher wieder einen Grund, der uns eine Strecke weit begleitet, jedoch plötzlich falsch zu werden anfängt, und uns für die Folge verlässt. Nach dem Verschwinden des Grundes nun ist nichts übrig als das rein Thatsächliche, dass es bis hierher so, von da an aber anders sey. Ein Grund für eins wie für das andere ist jetzt erst wieder zu finden.

Damit die Verzögerung der Rückgabe zum Schadenersatz verpflichte, muss sie rechtswidrig seyn. Weil die Rechtswidrigkeit hier mit der actio depositi verfolgt wird, muss sie zugleich Vertragswidrigkeit seyn. Die Verpflichtung, auf Anfordern ungesäumt zu restituiren, ist also eingegangen mit dem Hinterlegungsvertrag. Damit ist in dieser Beziehung Alles zur Genüge erklärt. Nun ist eines-

theils der nemliche Grund für Alle Erscheinungen beim Depositum, welche diese auch seyn mögen, durchaus befriedigend: anderntheils liegt es im Begriff des Vertrags, Verpflichtungsverhältnisse nur als Vereinbarte zu haben. Die Unentgeltlichkeit, oder was es sonst sey, hat hier eine selbstständige Bedeutung nicht, sondern ist erheblich nur in so fern, als sie Bestimmungsgrund für den Vertragswillen ist. Der Vertragswille hat aber wesentlich zu seinem Gegenstande nicht die Vertragschliessende Person, sondern einzelne Handlungen oder Unterlassungen derselben. Aus allem zusammen ist die nächste Folge, dass in Abgang besonderer Beredung, die Unentgeltlichkeit ein Minder von Verpflichtungen nur darum mit sich führt, weil ihr diese Wirkung von den Contrahenten in der Regel gegeben, das Uebliche aber für den einzelnen Fall als vereinbart unterstellt wird. Die andere Folge ist, dass jenes Minder nicht ein Minder von Aufmerksamkeit oder Fleiss, sondern ein Minder von Leistungen, mit andern Worten, dass sie nicht etwas am obligirten Subject, sondern etwas am Inhalt der Obligation zu bedeuten hat. Zwar liesse sich auch hier sagen, weniger Leistungen erfordern auch weniger Zeit oder Sorgfalt oder Fleiss. Man könnte, um jene zu veranschaulichen, von diesen reden. Aber immerhin wäre dies nur ein uneigentlicher, figürlicher Ausdruck für die ganz andere Sache.

So führt auch dieser Weg nach Rom.

Dass die einzelnen Obligationen nach Art und Maass der Leistungen, die sie mit sich bringen, verschieden seyen, liegt in der Natur der Sache. Dass aber die einen Obligationen Ganz, die andern Nicht ganz verpflichten sollten, wäre gegen den Begriff der Obligation. Für das Depositum gilt so etwas positiv nicht. Es verpflichtet zu weniger, als manche andern Verträge, spricht aber die Erfüllung der Verpflichtung gerade so, wie diese, an, und Nichts veranlasst, hier an zweierlei Unrecht zu denken, wovon das eine

unter dem Namen levis culpa für zulässig, das andere als lata culpa für unstatthaft erklärt wäre.

Es war früher von zwei Gründen die Rede, um deren willen im bürgerlichen Recht überhaupt gewisse Zurechnungsarten, Culpagrade oder dergl. festzuhalten seyn könnten. Erstens, wenn je nach der besonderen Willensbeschaffenheit bei der Rechtsverletzung sich Unterschiede im Umfang der Ersatzpflicht heraus stellten, z. B. Ersatz nur des unmittelbaren Interesse bei levis, auch des mittelbaren bei dolus oder culpa lata. Dieser Grund fiel aus, weil das römische Recht nur Eine, und zwar umfassende Interessebestimmung kennt. Als der andere denkbare Grund erschien, dass in einigen Verhältnissen nur lata, in andern schon levis culpa Ersatzpflicht begründe. Ist auch dieses unwahr, vielmehr nach römischem Recht jeder rechtswidrig zugefügte Schaden zu ersetzen: so fällt hiermit der zweite und letzte Grund weg, im bürgerlichen Recht von Mehr als Zurechnung zu reden, an der culpa, diese als Rechtswidrigkeit gedacht, noch Unterscheidungen zu machen.

Aehnliche Erscheinungen, wie bei dem Depositum in der Person des Depositars, treten bei dem Commodat in der Person des Commodanten ein. Wie der Depositar seine Räumlichkeit zur Niederlegung einer Sache, seine Achtsamkeit auf diese wenigstens in so weit, dass er im Gewahrsam sie nicht beschädige, endlich die Bemühung, welche ihm immerhin die Rücklieferung verursacht, unentgeltlich gewährt: so begiebt sich der Commodant seiner Sache zu unentgeltlichem Gebrauch.

Der Commodant namentlich lässt sich dem Schenker vergleichen.

Auch der Schenker ist von solchen Prästationen frei, welche in zweiseitig belastenden Verträgen als Aequivalent für die zu ziehende Gegenleistung vereinbart erscheinen. Der eigentliche Grund, der bei dem Commodate und Depositum in der Thatsache der Unentgeltlichkeit in abgebrochener, unvermittelter Weise hingestellt wird, ist bei der

Schenkung vollständiger und zutreffender gefasst.[84]) Es heisst vom Schenker nicht, dass er nur für dolus und culpa lata hafte, weil er seine Sache unentgeltlich gebe. Vielmehr sagt der Jurist: der Schenker hat vom Beschenkten nichts zu erwarten, wie wäre daher von ihm anzunehmen, dass er sich auch noch zur Gewährleistung der geschenkten Sache habe verpflichten wollen? Ebenso wird bei dem Commodate anzunehmen seyn, dass der Commodant, welcher zwar nicht die Sache selbst aber deren Gebrauch herschenkt, es hierbei ganz und gar bewenden lassen, dass er nicht zu Nachforschungen über ihre Beschaffenheit, zu Veranstaltungen für ihre erspriessliche Benützung durch den Commodatar sich verpflichten wolle. Ferner wird der Commodatar, wenn er nur eine mangelhaft beschaffene Sache erhielt, oder die erhaltene ihm etwa vor dem eingeräumten Ziele evincirt wurde, doch zufrieden seyn müssen, dass er wenigstens So viel erhielt. Wer um eine Gefälligkeit anhält, und dem Geber mit Ansprüchen kommt, wird zu gewärtigen haben, dass er abgewiesen werde. Käme es zu ausführlicher Beredung, so leistete er unfehlbar auf dergleichen Verzicht. Er müsste unredlich erscheinen, wollte er hinterher vorgeben, er habe es anders gemeint als so.

Ergiebt sich übrigens aus der Natur und Bestimmung des Geschäfts, aus den Umständen seiner Abschliessung etwas Näheres für den Inhalt der Obligation, so kommt dieses ganz und gar zum Vollzuge und die Rücksicht auf die Unentgeltlichkeit tritt von da an aus dem Spiel.

Es ist deutlich ausgesprochen, dass der Commodant, dem es vollkommen frei stand, sich zu gar nichts oder nur zu wenig zu verstehen, doch das, zu dem er sich verpflichtete, vollständig einhalten muss. So darf er dem Commodatar die geliehene Sache während der Gebrauchszeit nicht

---

84) fr. 62 D. de aedilitio edicto (21, 1): ad res donatas edictum .... non pertinere dicendum est. Etenim quid se restituturum donator repromittit, quando nullum pretium interveniat?

entziehen, überhaupt demselben in der gestatteten Benutzung in keiner Weise hinderlich seyn.[85]) In dieser Beziehung ist der Commodant schlechthin verpflichtet, und auf die eine oder die andere Art der Verschuldung kommt es dabei schon hierwegen nicht an. Zudem aber wird der Commodant ausdrücklich in Eine Reihe mit einem Solchen negotiorum gestor gestellt, welcher sich Geschäften unterzogen hat, deren voraussichtlich Andere sich angenommen hätten, der also haftet wie Einer, welcher Andere verdrängte.

Wer sein Hausbuch herleiht, damit der Entleiher in dieses ein Schuldbekenntniss eintragen und beurkunden lasse, und nachher das Hausbuch mit diesem Eintrag zurückerhält: haftet dem Commodatar für allen Schaden, wenn er das Blatt beklekst oder sonst unleserlich macht. Auch hier wird nicht unterschieden, ob es dolose oder mit welcherlei culpa geschah.[86])

Wenn dem Entleiher die Sache weggekommen ist und er den Werth derselben dem Commodanten ersetzt hat, wird er so angesehen, als ob er diesem die Sache abgekauft hätte. Gelangt der Commodant nachher wieder in deren Besitz, so hat er rücksichtlich der früher ausgeliehenen Sache nun ganz die Verpflichtungen, welche sonst ein Verkäufer hat, und auf Erfüllung dieser Verpflichtungen wird er mit der actio commodati contraria belangt.[87])

So viel vom Commodate.

---

85) fr. 17 §. 3 D. comm. (13, 6): ... quod principio beneficii ac nudae voluntatis fuerat, committi in mutuas praestationes, actionesque civiles: ut accidit in eo, qui absentis negotia gerere inchoavit: neque enim impune peritura deseret. Suscepisset enim fortassis alius ... voluntatis est suscipere mandatum, necessitatis consummare. Igitur si pugillares mihi commodasti, ut debitor mihi caveret, non recte facies importune repetendo. Nam, si negasses, vel emissem, vel testes adhibuissem.

86) fr. 5 §. 8 D. eod.: .... si tibi codicem commodavero, et in eo chirographarium debitorem tuum cavere feceris, egoque hoc interlevero .... teneri me tibi contrario judicio.

87) fr. 5 §. 1. fr. 17 §. 5 D. eod.

Auch der precario accipiens steht nur für dolus ein. Wer die Regel vom Vortheilziehen in herkömmlicher Weise versteht, stösst hier leider wieder auf eine Ausnahme. Befremdlich ist übrigens, dass die römischen Juristen selbst den nemlichen Grund, welchen sie für die äusserste Diligenz z. B. des Commodatars anführen, nemlich den alleinigen Vortheil des letzteren, die reine Gefälligkeit des Commodanten, ganz annehmlich finden, um aus ihm auch die so ungemein contrastirende Lizenz des Precaristen abzuleiten.[88]) Theoretisch um nichts gelungener ist der weitere Grund, welcher bestärkend gleich nachfolgt: dass es eben hinlänglich sey, wenn nur dolus prästirt werde.

Noch wollen die römischen Juristen zu verstehen geben, das precarium laufe mehr auf Schenkung hinaus, sey ein eigentliches negotium nicht. Nichts desto weniger lassen sie die actio praescriptis verbis zu,[89]) welche doch wohl nur auf ein negotium sich gründen lässt.

Donellus meint, der precario dans könne ja jeden Augenblick die Sache zurückfordern, und so lange er dies nicht thue, gebe er zu erkennen, dass die Art, wie der Besitzer mit der Sache umgehe, ihm genehm sey. Allein einestheils wäre hier zu erinnern, dass der Geber von Beschädigungen recht wohl erst dann Kenntniss erlangen möchte, wenn sie schon geschehen sind, und dass gegen diese wenigstens die Rückforderung nicht mehr hilft. Anderntheils kann gewiss auch der Deponent seine Sache jederzeit zurückverlangen, und doch ist der Depositar ganz anders als der Nehmer des Precarium gestellt.

Aus allem diesem lässt sich so wenig entnehmen, Warum der Nehmer des precarium nur für dolus hafte, als daraus, Dass er nur für solchen haftet, sich ergiebt, Wofür er denn eigentlich hafte. Auch vom Depositar wird gesagt, dass

---

88) fr. 8 §. 3. fr. 14 D. de prec. (43, 26).
89) fr. 2 §. 2 D. eod.

er nur dolus zu vertreten habe, und doch sind ihm mehr Verpflichtungen, als dem Nehmer des precarium aufgelegt. So wäre auch hier wieder Alles, statt aus der Theorie der culpa, aus der Eigenheit des Rechtsverhältnisses zu ermitteln.

Obliegenheiten des Empfängers in Bezug auf den Gegenstand des precarium werden, von der Restitutionspflicht abgesehen, überhaupt nicht angeführt.

Bemerkenswerth ist, dass der gegen den Geber so wehrlose Empfänger gegen Dritte stärker als z. B. der Commodatar oder selbst der Pächter ist, indem er ein possessorisches Interdict hat.

Offenbar war das Verhältniss für namhafte Dauer berechnet. Denn für das Interdict des Gebers gegen den Empfänger läuft die kurze Verjährungszeit der andern Interdicte nicht.[90]) Auch findet sich der Fall besprochen, dass der Empfänger Servituten, die dem besessenen Grundstücke zustanden, durch Nichtgebrauch erlöschen liess.[91]) Dazu musste er unter Umständen ziemlich lange Zeit haben.

Endlich ist von einem Ersatz der bezogenen Nutzungen an den Eigenthümer so wenig die Rede, als von einem Anspruch des Precaristen an diesen wegen irgend welcher Verwendungen auf die besessene Sache.

Alle diese auffallenden Erscheinungen an dem precarium lassen sich nur aus einer eigenthümlichen Bestimmung desselben erklären, auf welche wir durch eine Stelle aus Ulpian aufmerksam werden.[92])

Der Jurist wirft die Frage auf, ob auch der Pfandgläubiger, der dem Schuldner die verpfändete Sache als precarium überlasse, gegen diesen das Interdict habe. Zweifelsgrund ist ihm, dass der Pfandschuldner ja Eigenthümer der Sache sey und so zum precario possidens der Eignen Sache werde. Doch entscheidet er: das precarium habe allerdings

---

90) fr. 8 §. 7 D. eod.
91) fr. 8 §. 5 D. eod.
92) fr. 6 §. 4 D. eod.

rechtlichen Bestand, denn es handle sich da lediglich um den Besitz, die Eigenthumsfrage komme gar nicht ins Spiel. Anders, sagt er, entspräche das Institut überhaupt dem Bedürfniss nicht, denn gerade Pfandschuldner seyen es ja, welche tagtäglich um precäre Ueberlassung der verpfändeten Sachen ihre Gläubiger angehn.

Dies hatten bei der hypothekarischen Verpfändung die Schuldner nicht mehr nöthig. Sie behielten das Eigenthum der verpfändeten Sache, welches so wenig der Sicherung des Pfandgläubigers, als diese der Nutzung des Verpfänders im Wege stand.

Anders stellte sich die Sache bei der ältern und schleppenden Form der Mancipation. Hier trug der Schuldner dem Gläubiger, wenn auch widerruflich, doch immerhin Eigenthum und Besitz am Pfande auf, und sollte hier nicht der Erfolg über den Zweck des Instituts und die Absicht der Betheiligten hinausgehn, mit andern Worten, sollte nicht unter der Form die Sache leiden, so musste eine Auskunft gefunden werden, wie sie in dem precarium sich darbot.

Dieses hatte hiernach die Bestimmung, in dem Pfandwesen solche Zustände thatsächlich zu vermitteln, welche die Gestalt des spätern Rechts von selbst mitbrachte.

In so fern liess sich von dem precarium auch sagen: ad donationis causam spectat. Der precario accipiens ist nemlich dem Hypothekar-Schuldner, dem Eigenthümer zu vergleichen. Er hat dieselbe freie Befugniss über die Sache, nicht mehr Obliegenheiten dem Geber, als jener seinem Gläubiger gegenüber. Wie dort auf die Abforderung zum Verkauf, kommt hier alles auf die Restitutionspflicht hinaus. Die Bestimmung der hypothekarischen Klage erfüllt das Interdict.

Daraus erklären sich die Phänomene, dass der Precarist, ganz schutzlos gegen den Geber, gegen Dritte gewehrt ist mit dem possessorischen Interdict, dass er die Sache nutzt wie seine eigne, aber auch für Verwendungen so wenig einen Anspruch hat als jeder Eigenthümer, der das Seine

in Stand hält und aufbessert. Damit ist ferner zu vereinen, dass dem Precaristen nicht obliegt, die Sache, welche er ja für sich hat, in Stand zu halten, nutzbar zu behandeln. Selbst wenn er Servituten durch Nichtgebrauch erlöschen lässt, haftet er dem Geber nicht. Anders wäre zu entscheiden, wenn er die Sache selbst in den Besitz eines Dritten kommen, sie usucapiren liesse. Hier hätte er sich in die Lage gebracht, überhaupt nicht restituiren zu können, und wäre dies auch in s. g. culposer Weise geschehen, so hätte man sich wohl nicht einen Augenblick bedacht, den Vorgang unter den dolus des Edicts zu ziehen und dem Interdicte hierauf Anwendung zu geben: gerade wie bei dem depositum das non reddere ohne Weiteres in den dolus fällt. Dagegen haftet für das deterius reddere der precario accipiens nicht und so dient die gangbare Culpatheorie, welche für ihn wie für den Depositar dieselben Verpflichtungsgründe hat, und durch sie zu Gleichen Folgerungen gelangen müsste, auch hier wieder zu Nichts.

Auch der Agrimensor soll nur wegen dolus haften.[93]) Uebrigens soll diese beschränkte Haftungspflicht nur für ungenaues Messen, für unrichtige Angabe des Maasses gelten. Versieht der Mensor sonst etwas, zieht er z. B. Hilfspersonen zu, welche Fehler begehen, so fällt dies unter die gemeine Regel. Dass dabei der Mensor überhaupt etwas versieht, wird wieder dolus malus genannt.[94]) So hat auch hier dolus nicht den Sinn, dass der Mensor nur — im Sinne der Zurechnung — dolose Begehungen zu vertreten habe, andere nicht: sondern dolus drückt lediglich aus, dass der Mensor für Rechnungsirrthum nicht verantwortlich, d. h. dass die Leistungspflicht bei übernommenen Messungen eine beschränktere als in andern Rechtsverhältnissen sey.

---

93) fr. 1 §. 1 D. si mensor fals. mod. dixerit (11, 6).
94) fr. 2 D. eod.

Wie von dem Agrimensor, wird auch von dem Judex gesagt, dass er nur dolus malus zu vertreten habe.[95] Man bedenkt sich aber nicht im mindesten, hierunter auch Fehler aus Unbedachtsamkeit, Uebereilung zu verstehn.[96]

Wie bei dem Mensor lediglich die Berechnung und Maassangabe, so darf bei dem Judex unbedenklich gerade die Rechtsansicht, das Rechtsprechen, als dasjenige angenommen werden, was ausserhalb der gemeinen Prästationspflicht steht. Dafür, dass hier eine besondere Entscheidung eintritt, kann der Grund nur in der Natur der Verrichtungen, für welche sie eintritt, gesucht werden. Nun ist es der Wissenschaft, der freien Kunst eigen, solche zu seyn, die der gemeinen Beurtheilung sich entziehn, über deren Erzeugnisse sich so schlechthin nicht absprechen lässt. Leicht fassliche, allbekannte und ganz ausgemachte Dinge, kurz Alles, was gemeines Eigenthum geworden, gehört weiter nicht dorthin. Die Anwendung der Regel aber reicht nicht weiter als ihr Grund. Hätte der Mensor etwa gegen das Einmaleins verstossen, oder der Richter im Kalender geirrt, so hätten sie nicht als Mensoren und als Richter, sondern wie Leute ganz gemeinen Schlags gefehlt, und wären hierwegen, gleich solchen, zur Verantwortung zu ziehn. Wenn sie zur Verantwortung gezogen werden, geschieht dies nicht, weil sie dolus begehn: sondern weil sie ihrer Obliegenheit, die dazu noch eine beschränktere als in andern Verpflichtungsverhältnissen ist, nicht nachkommen, begehn sie dolus, culpa lata, werden verantwortlich.

Bei der Aufgabe, die hier gestellt ist, müsste es zu Wiederholungen führen, bei den Obligationen mit dolus und lata culpa länger zu verweilen. Auch an ihnen hat sich herausgestellt, dass die Entscheidungsgründe und Kategorien der gangbaren Culpatheorie theils überhaupt nicht zu bestimmten, theils zu ganz falschen Ergebnissen führen.

---

95) fr. 15 D. de judic. (5, 1).

96) fr. 6 D. de extraord. cogn. (50, 13).

Ebenso hat sich wieder als Grund des ganzen Missverständnisses ergeben, dass dolus, culpa, diligentia als verschiedenartige Dispositionen des handelnden Subjects vorgestellt und so als ruhende Bestimmungsgründe für die Prästationspflicht genommen werden, während sie wesentlich einen Umfang an dieser bedeuten und ihre vielfach wechselnde Bestimmtheit selbst erst aus einem tiefer liegenden Grunde, der Natur der concreten Rechtsverhältnisse, zu empfangen haben.

XI. Culpa in der Obligation. S. g. concrete culpa.

Die concrete culpa ist die Stätte, wo die Hausväter sich selbst und der Wirklichkeit zurückgegeben sind. Sie beeilen sich, das uniforme Zwangskleid der abstracten Diligenz abzulegen und der unabsehbare Zug tritt uns jetzt im Hausrock und mit der Schlafmütze entgegen. Denn wenn gemeinhin das Individuum in seinen Verpflichtungsverhältnissen darnach beurtheilt wird, wie es „der allgemeine Begriff der Aufmerksamkeit, die Sorgfalt überhaupt" mit sich bringen, so nimmt man doch bei gewissen Obligationen auf die „besondere Gewohnheit" dessen Rücksicht, welchem ein Versehen zur Last fällt. Ob dieser recht handelt, entscheidet sich hier darnach, ob er nach seiner Gewohnheit handelt. In die übrige Theorie eingefügt, gewinnt diese culpa in concreto die Bedeutung, dass Einer, der nur wegen culpa lata verantwortlich ist, dennoch für culpa levis haftet, wenn seine Gewohnheit nicht einmal diese ist, dass hingegen Einer, der eigentlich culpa levis zu vertreten hätte, veschont wird, wenn solche seine Gewohnheit ist.

Diese Gewohnheit darf sich allerdings nicht blos an fremden Dingen äussern. Vielmehr soll sie vornehmlich daran erkannt werden, wie Einer es im Eignen hält. Nur die culpa, welche hier bemerklich ist, soll Dort zur Entschuldigung gereichen. In der That reden auch alle Stellen, welche auf die s. g. concrete culpa bezogen werden, nur

von diligentia, negligentia suis rebus consueta, quam, quantam quis rebus suis exhibet, adhibere solet.[97])

Das Institut wird für die Obligation als Eigenthümlich angesprochen. Wer z. B. die Gewohnheit hätte, seine Eignen Sachen jeden Augenblick zu verlegen oder zu zerbrechen, setzte sich nichts desto weniger der aquilischen Klage aus, wenn er seine Gewohnheit auf fremdes Eigenthum erstreckte. Wer ein Grobian gegen seine Eignen Leute ist, gilt darum durchaus nicht mehr, als ein Mann von guter Lebensart, zur Injurie befugt.

Von Obligationen sind aber vornehmlich nur solche des Instituts theilhaftig, welche eine Beimischung von persönlicher Beziehung haben, z. B. Gesellschaft, Dotalverhältniss, Vormundschaft. Es wird sogar mitunter gefunden, dass der Innigkeit dieser Beziehungen durch allzu viel Aufmerksamkeit auf die Geschäfte und ganz strenge Behandlung derselben Eintrag geschehen möchte. Wie könnte man der Brüderlichkeit gegen den Gesellschafter, dem väterlichen Gefühle für den Pflegbefohlnen, der Liebe zur Gattin sich vollständig hingeben, wenn man nicht auch sonst die Individualität dürfte gewähren lassen, wenn man immer an Geschäfte zu denken, mit scrupuloser Rechnungstellung nach aufgelöstem Verhältnisse sich zu tragen hätte?

Uebrigens hat das Institut auch schon von lange her seine Widersacher. Sie halten ihm entgegen, dass es auf eine Prämie für die Nachlässigkeit hinauskomme, wenn unter Umständen nachlässige sich besser stellen als sorgfältige Menschen. Auch mache geschenktes Vertrauen besondere Gewissenhaftigkeit zur Pflicht und die Vertretung der Schutzbedürftigen, der Hülflosen gerade, fordere zu durchgreifender Thätigkeit auf. Von dieser Seite wird der

---

97) fr. 22 §. 3 D. ad S. C. Treb. (36, 1). fr. 25 §. 16 D. famil. herc. (10, 2). fr. 17 pr. D. de jure dotium (23, 3). fr. 72 D. pro socio (17, 2). fr. 1 pr. de tut. et rat. distr. act. (27, 3).

diligentia diligentis patrisfamilias vor der diligentia quam suis für die erwähnten Verhältnisse der Vorzug gegeben.

Auch stehn den Vertheidigern der abstracten Diligenz sehr viele Stellen zu Gebote, welche den Ehemann, Vormund u. s. w. culpa ohne ermässigenden Beisatz vertreten lassen, überhaupt von der Prästationspflicht dieser Personen ganz in denselben Ausdrücken handeln, welche sonst die Obliegenheit der zu abstracter Diligenz Verpflichteten zu bezeichnen dienen.

Ist hiernach das Belegen der eignen Aufstellung beiden Theilen recht leicht, so fällt dagegen einem jeden von ihnen die Widerlegung des andern unsäglich schwer. Jedenfalls lässt die abstracte Diligenz von der herrschenden Theorie sich nicht so ohne Weiteres zum Schweigen bringen. An dieser, welche sich ohnehin als die überlegenere fühlt, war es, den Weg der Verständigung zu betreten.

Läugnen lässt sich einmal nicht, dass weitaus die Mehrzahl der Stellen, welche von der Prästationspflicht des Vormunds, Gesellschafters u. s. w. handeln, diese Personen geradezu für culpa verantwortlich erklärt. [98])

Nun war am kürzesten geholfen, wenn dem Ausspruch sich grammatisch beikommen liess, und diese Auslegung schien jedenfalls des Versuchs nicht unwerth.

Unter culpa ohne Beisatz will man allerdings regelmässig das Verstossen gegen die diligentia diligentis patrisfamilias, also das abstracte Maass der Verschuldung verstehen. Man hat aber für culpa ohne Beisatz noch eine weitere Bedeutung gefunden, in welcher sie auch culpa,

---

98) fr. 3 §. 2. fr. 7 pr. §. 1, 15. fr. 10, 15, 32 §. 1, 2. fr. 33, 41, 50, 57, 58 §. 3 D. de adm. et peric. tut. (26, 7). fr. 18 D. de tut. et rat. distr. act. (27, 3). fr. 3 §. 7 D. de contr. tut. act. (27, 4). fr. 18 §. 1. fr. 25 §. 1. fr. 49 §. 1. fr. 66. fr. ult. D. sol. matr. (23, 3). fr. 20 §. 2 D. de pact. dot. (23, 4). fr. 16 D. de fundo dot. (23, 5). fr. 19—23. fr. 25, 52 §. 1, 11. fr. 65 §. 9 D. pro soc. (17, 2). fr. 16 §. 4. fr. 25 §. 18. fr. 55 D. famil. herc. (10, 2), fr. 8, 9, 10, 20, 26 D. comm. divid. (10, 3).

einschliesslich die rebus suis consueta negligentia bedeuten soll. So ist culpa immer noch einer näheren Bestimmung empfänglich, welche sie einestheils durch den Beisatz et diligentia, anderntheils durch die Zugabe der diligentia quam suis erhält. Steht hinter culpa nichts weiter als diligentia, so ist jetzt unzweifelhaft die diligentia diligentis patrisfamilias gemeint: ebenso gewiss die concrete culpa, wenn das rebus suis u. s. w. nachfolgt. Ohne einen oder den andern Beisatz kann culpa sowohl die abstracte als die concrete bedeuten, und dass sie letztere bedeute, ist immer dann klar, wenn für das nämliche Verhältniss, für welches das eine Mal nur culpa steht, ein anderes Mal negligentia suis consueta gesetzt ist.

Worte sind geduldig.

So liesse sich, wenn von Einem, der diligentia quam suis leisten soll, in andern Stellen schlechtweg gesagt ist, dass er für culpa einstehe, wenn nichts weiter als nur dieses gesagt wäre, auf gut Glück die Behauptung aufstellen, dass damit nicht Alle culpa, sondern eben nur die culpa, welche gewohnheitswidrig ist, gemeint sey. Dieser Interpretation ist aber ein Ende gemacht, wenn die culpa ohne Beisatz in den Quellen sich dahin erläutert findet, dass sie Jede Benachtheiligung, ausser der durch reinen, ganz unabhaltbaren Zufall herbeigeführten, sey.[99] Vor dem rein zufälligen Schaden kommt solcher, dem durch diligentia quam suis, dann aber auch solcher, dem durch diligentia diligentis patrisfamilias vorgebeugt werden kann. Wer nun für Allen Schaden, ausser dem rein Zufälligen, einzustehn hat, ist nicht nur für concrete, sondern auch für abstracte Diligenz verantwortlich erklärt und unter culpa ohne Beisatz nur jene, nicht auch diese, verstehn zu wollen, geht jetzt nicht mehr.

---

99) fr. 52 §. 3 D. pro soc. (17, 2): damna, quae imprudentibus accidunt, hoc est damna fatalia, socii non cogentur praestare: ideoque . . . commune damnum est, si nihil dolo aut culpa acciderit . .

Was mit culpa ohne Beisatz gemeint sey, hat sich hier, wenn zwar bestimmt genug, doch auf dem Wege der Schlussfolgerung ergeben. Es fehlt nur noch, dass die Quellen die Diligenz, welche sie an den Vormund u. s. w. ansprechen, gerade mit denjenigen Ausdrücken kennzeichnen, in welchen die Vertreter der gegentheiligen Ansicht selbst die abstracte Diligenz unumstösslich constatirt finden. An Beispielen auch hierzu fehlt es nicht,[100] und damit jeder Zweifel schwinde, als ob vielleicht nur bei gewissen einzelnen Functionen des Vormundes u. s. w. jene vollkommene, abstracte Diligenz verlangt werde, kündigt sich die Regel als eine ganz allgemeine und durchgreifende an.

Aber die Juristen sprechen in dieser Weise die Regel nicht nur aus, sondern wenden, was viel schwerer ins Gewicht fällt, sie auch an.

So soll der Vormund, wenn es für den Mündel etwas zu erheben, einzunehmen giebt, immer schleunigst zur Hand seyn. Die Vertretung des Mündels vor Gericht, den Erwerb und die Sicherung von Forderungsrechten soll er aufs Pünctlichste wahrnehmen. Wegen unterlassener Errichtung des Repertoriums, wegen Säumniss in der Veräusserung beweglicher Sachen, in Kapital-anlagen, wird er unnachsichtlich zur Verantwortung gezogen. Nicht nur ist von der sonstigen Gewohnheit des Vormunds in solchen Dingen nicht die Rede, sondern es wird hier vollkommene, abstracte Diligenz ihm ganz ausdrücklich auferlegt.[1]

Nicht besser ergeht es dem Ehemann. Ist eine Forderung oder ein Grundstück in dotem gegeben und der Ehe-

100) fr. 33 pr. D. de adminstr. et peric. tut. (26, 7): a tutoribus et curatoribus pupillorum eadem diligentia exigenda est . . . quam paterfamilias rebus suis . . praebere debet. fr. 10 D. eod.: generaliter, quotiescumque non fit nomine pupilli, quod quivis paterfamilias idoneus facit, non videtur defendi. fr. 3 §. 7 D. de contr. tut. act. (27, 4): sufficit . . diligenter negotia gessisse.

1) fr. 3 §. 2. fr. 7 pr., §. 1, 15. fr. 10, 15, 58 §. 3 D. de adm. et peric. tut. (26, 7).

man thut nicht sofort die geeigneten Schritte, den Ausstand einzutreiben, den Besitz des Grundstücks zu erlangen, so haftet er der Frau, wenn das Geld in Verlust geräth oder das Grundstück ersessen wird. Sind auch dem Ehemann eine gewisse Gemächlichkeit oder schonendes, rücksichtsvolles Auftreten noch so sehr zur Gewohnheit geworden: die dos darf hierunter nicht leiden, er muss thun, was nur irgend geschehen kann. Entschuldigt ist er, wenn z. B. das Grundstück ersessen wird, höchstens dann, wenn zur Vollendung der Usucapion nur noch so kurze Zeit fehlte, dass deren Unterbrechung nicht wohl mehr möglich war. [2])

Nimmt Einer von mehreren Gesellschaftern für sich und in seinen Antheil einen Fremden auf, so berührt dies die andern nicht. Sie haben lediglich mit dem, mit welchem sie contrahirten, zu thun, und dieser hat gegen sie den Aftergesellschafter zu vertreten. Hier kommen zwei concrete Diligenzen ins Spiel, die des ursprünglichen und die des besondern Gesellschafters. Auf die concrete Diligenz des letztern Rücksicht zu nehmen, geht darum nicht, weil er für die ursprüngliche Gesellschaft gar nicht da ist, vielmehr alles, was durch ihn geschieht, so angesehen wird, als sey es durch den, der ihn angenommen hat, geschehen. Dieser nun soll seiner Gesellschaft für jeden Schaden verantwortlich seyn, den der Dritte ihr anrichtet. Ob das Verhalten des Dritten ein solches ist, wie es auch der ursprüngliche Gesellschafter in der Gewohnheit hat, wird so wenig gefragt, als wie dieser sonst und für sich seine Gesellschaft zu wählen liebt und gewohnt ist. Vielmehr wird er ganz trocken darauf hingewiesen, dass er den Dritten ja weglassen konnte. [3])

Nach allem diesem ist es nicht mehr möglich, die culpa ohne Beisatz, welche der Vormund, Gesellschafter u. s. w.

2) fr. 33, 41 §. 3. fr. 56 pr. D. de jure dot. (23, 3). fr. 16 D. de fundo dotal. (23, 5).

3) fr. 19—23 D. pro soc. (17, 2).

vertreten sollen, als diligentia rebus suis consueta auszulegen. Hat man sich desshalb, wohl oder übel, ein Herz fassen und den Dualismus der Diligenzen einräumen müssen, so war man doch bedacht, der concreten culpa, gegenüber der abstracten, eine möglichst vortheilhafte Stellung zu sichern. Allerdings, sagt man jetzt, haben der Vormund u. s. w. abstracte Diligenz zu leisten, und culpa, die sie begehen, prästiren sie schon Als levis. Weist daher der Beschädigte als Kläger auch nur levis culpa nach, so hat er bis auf Weiteres gegen den Beklagten gewonnen. Aber dieser kann jetzt einreden, dass solche levis culpa ihm Gewohnheit sey. Hat der Mündel ein Recht auf abstracte Diligenz, so hat nicht minder der Vormund ein solches auf seine Gewohnheit. Diese schützt er excipiendo vor, und gelingt ihm der Nachweis, so erlangt die concrete Diligenz über die abstracte schliesslich den Sieg.

Hiergegen ist vor Allem zu bemerken, dass die Verlegung der concreten Diligenz in das Gebiet der Exceptionen jeden positiven Anhalts baar ist. Die Quellen reden schlechtweg einmal von der abstracten, ein andermal von der concreten Diligenz. Ein Verhältniss dieser zu jener, wie der Exception zur Klage, deuten sie nirgends auch nur entfernt an. Es liesse sich mit derselben gläubigen Miene versichern: der wegen eines Schadens Beklagte brauche sich nur auf seine Gewohnheit zu berufen und reiche damit vorderhand aus. Aber wenn diese Gewohnheit unter der gemeinen Diligenz stehe, so könne der Kläger noch replicando vorbringen, dass gegen die letztere gefehlt, culpa levis begangen sey, und wenn ihm dieser Nachweis gelinge, so verliere der Beklagte und die abstracte Diligenz behaupte das Feld.

Gedächte man nun Beide Diligenzen gegen Einander excipiren zu lassen, so nähme man hiermit an, das römische Recht stelle zweierlei Diligenzen darum auf, damit eben eine oder auch die andere von ihnen, alleins welche, je nach dem Erfolge der Beweisführung in einem Rechtsstreit, zu

Geltung komme. Das liefe einestheils auf ein Glücksspiel um Beweis hinaus. Anderntheils wäre die Bestimmung des Beweises hier so ziemlich auf den Kopf gestellt. Denn diese ist, Thatsachen, auf welche Ansprüche und Befreiungen von solchen sich schon gründen, im Rechtsstreit zur Gewissheit zu bringen, nicht, jene Rechtsstellungen zu erzeugen. Aus beiden Gründen kann es die Meinung des Rechts nicht seyn, dass durch das Obsiegen der einen Diligenz, und folglich Beseitigung der andern in Dieser Weise, der Widerspruch, welcher sich durch die Aufstellung Beider ergiebt, gehoben, die Einheit im Rechte hergestellt werde.

Ausserdem käme jenes Ergebniss nur dann zum Vorschein, wenn gerade Eine Diligenz vorgebracht oder bewiesen würde. Fügte es sich, dass dieses hinsichtlich Beider geschähe, so wären wir zu dem Widerspruch, wie er von vorne herein stand, auf Umwegen zurückgelangt.

Wollte man dagegen, ganz willkürlich, der concreten Diligenz die Kraft der Exception ausschliesslich beilegen, so käme in der That die abstracte nur noch den Worten nach und zum Scheine vor.

Denn handelte es sich um Ansprüche, welche durch Delict erst Entstehen, wie z. B. bei der aquilischen Klage, so hätte der Kläger, weil er seinen Anspruch auf Verschuldung gründete, die Beweispflicht für diese. Wäre nun für solche Fälle von zweierlei culpa überhaupt die Rede, so könnte dies den Sinn haben, dass der Kläger schon mit dem Nachweis von levis culpa des Beklagten für den Fall ausreichte, dass dieser mit seiner Exception des Gewohntseyns der levis culpa nicht aufkäme. Gerade in Vertrags- und vertrags-ähnlichen Verhältnissen aber, in welchen allein die sog. concrete culpa zu Hause ist, kommt es zur Führung eines Verschuldungsbeweises auf Seite des Klägers überhaupt nicht. Das Klagfundament z. B. des zur Abforderung der dos Berechtigten ist lediglich die bezügliche Vereinbarung und das Einbringen der dotalen Sache. Daraus leitet er den Anspruch auf Restitution her. Seine Ver-

pflichtung, die Sache überhaupt oder in gehöriger Beschaffenheit zu restituiren, kann der Beklagte nicht dadurch ablehnen, dass er sagt, sie sey nicht mehr da, oder sie zwar vorzeigt, aber in verdorbenem Zustande, so dass ihm nun den Kläger erst culpa zu beweisen hätte: vielmehr wird der Beklagte den zufälligen Untergang oder Verderb der Sache, oder das Einhalten seiner Obliegenheiten bezüglich derselben und die trotzdem erfolgte Unmöglichkeit zu restituiren, darzuthun haben. So kommt es zum Beweise irgend welcher Diligenz immer nur auf der Einen, der Beklagten Seite. Und zwar kommt es auch immer nur zum Beweise der Einen, nemlich der Concreten Diligenz. Denn entweder ist die vom Beklagten eingehaltene Diligenz geringer als die abstracte, so wird er immer nur den Beweis ihres Gewohntseyns führen, weil er Mehr nicht beweisen kann, hiermit aber immer genug beweist. Oder die gewohnte Diligenz des Beklagten ist ihrem Gehalte nach der abstracten Gleich: dann beweist er zwar die letztere, aber nur desshalb, weil er Mit ihr erst die concrete beweist.

So klar es ist, dass in dieser Weise die concrete culpa immer den Ausschlag gäbe, so wenig liesse sich absehen, warum dann von der abstracten immer noch die Rede geführt würde. Dass sie dennoch vorkommt, rechtfertigt am wenigsten Die Annahme, dass sie Nichts zu bedeuten habe. Da dies aber gleichwohl der Fall wäre, wenn der s. g. concreten culpa die Exceptionskraft ausschliesslich zukäme: so erweist sich diese Eigenschaft der concreten culpa so wenig geeignet, den Widerspruch, der in der Aufstellung der beiderlei Diligenzen von vornherein zu finden war, zu heben, dass vielmehr eben um dieses Umstands willen, die Auffassung der concreten culpa Als exceptioneller, unmöglich erscheint.

Vielleicht könnte man zuletzt noch sagen, drückt sich hier ein genetisches Verhältniss aus. Die abstracte culpa wäre für die ältere, das Verhältniss der concreten zu ihr für ein correctorisches und das Medium, durch welches sie

zu Geltung kam, für ein solches auszugeben, das dem vorhandenen Recht nicht zu derogiren, nur mittelbar ihm zu begegnen vermochte. Aber die Entwicklung der ganzen culpa in der Obligation erfolgte auf dem Wege der Uebung und der Interpretation, welche ihre Ergebnisse in Einem Zuge liefern und nicht eine der andern oder jede sich selbst sie erst abzugewinnen haben. Was bei einem Dualismus der rechtserzeugenden Organe sich natürlich erklärte, erschiene hier als ein unerträglicher Umschweif. Das Ganze liefe ungefähr auf die Phrase hinaus: dass der Berechtigte zwar abstracte Diligenz zu fordern, der Verpflichtete aber nur concrete Diligenz zu leisten habe. Weil aber ein Forderungsrecht wesentlich nicht mehr als die ihm entsprechende Leistungspflicht ist, liess sich kürzer sagen: dass der Berechtigte nur concrete Diligenz zu fordern, der Verpflichtete nichts weiter als diese zu leisten habe.

Bei dem Fehlschlagen aller Versuche, theils die abstracte Diligenz wegzuinterpretiren, theils die concrete gegen sie mit Erfolg manipuliren zu lassen, bleibt die Theorie schliesslich eben vor der Thatsache halten: dass abstracte und concrete Diligenz in den Quellen neben einander und abwechselnd vorkommen. Verstehn wir nun die Stellen, welche culpa schlechthin prästiren lassen, dahin, dass sie diligentia diligentis patrisfamilias, die Stellen mit diligentia quam suis dahin, dass sie die Diligenz, welche Jeder gewohnt ist, fordern: so erhalten wir verschiedene und widersprechende Regeln über die Prästation der culpa in gewissen Obligationen.

Dabei sind wir uns recht wohl bewusst, dass eine Antinomie hier in Wirklichkeit nicht vorliegt. Ist nun bei dem herkömmlichen Verständniss der beiderlei Diligenzen eine Vereinigung nicht möglich, diese muss aber gleichwohl geschehn, so erübrigt nur, für die eine oder die andere von jenen ein anderes Verständniss zu finden.

Die s. g. abstracte Diligenz kommt auch in allen andern Obligationen vor. Von ihrem Verständniss, wie es dort be-

griffsmässig entwickelt und positiv bezeugt ist, hier abzugehen, ergiebt sich aus der Natur der Sache ein Bedürfniss nicht.

Empfände aber sogar Jemand dies Bedürfniss, so fände sich für die Interpretation der Spielraum nicht: denn die s. g. abstracte Diligenz ist für die Obligationen, welche auch die concrete aufnehmen, von den Quellen selbst und zwar ganz als solche ausgelegt, wie sie in der Obligation mit omnis culpa vorkommt.

Dagegen muss an der concreten Diligenz, diese als solche, wie sie Jeder eben gewohnt ist, genommen, Manches befremden.

Zunächst will es durchaus nicht begreiflich scheinen, dass z. B. dem Vormund gewisse Obliegenheiten, wie die Errichtung des Inventars, die Anlage von Geldern, Betreibung von Ausständen u. s. w. im Einzelnen und ganz ausführlich vorgeschrieben seyn sollten, wenn die Meinung dabei wäre, dass jener so nur alsdann, wenn es seine Gewohnheit sey, also kürzer gesagt, nach dieser, zu verfahren habe.

Auch hat man nicht zu erklären versucht, warum gerade in der Obligation ein solches Einstehen der Gewohnheit statt des eigentlich schuldigen Leistens zulässig seyn soll. Wenn irgend, möchte man glauben, wird das Gewähren des Eigensinns oder der Laune gerade mit dem Eintreten in ein besonderes Verpflichtungsverhältniss sein Ende finden müssen.

Dass dann wieder nur für gewisse einzelne Obligationen die besondere Regel zur Anwendung kommen soll, rechtfertigt sich aus den hier ins Spiel kommenden persönlichen Beziehungen nicht. An sich ist nicht abzusehen, warum wegen der einen Pflichten die andern sollen vernachlässigt werden dürfen. Namentlich macht sich mit der Pflege der Innigkeit, Gemüthlichkeit u. s. w. das römische Recht wenig zu thun. Dagegen bildet es überall die vermögensrechtliche Seite ins Einzelne und mit Schärfe aus: sey es nun, dass es hierin seine Aufgabe hauptsächlich erkannte, oder dass strenge Pflichterfüllung mit persönlichem Einvernehmen ihm vereinbar schien.

Endlich müsste es doch auch seltsam gefunden werden, dass man für Beurtheilung der Pflichtmässigkeit in gewissen Verhältnissen einen Maassstab wählte, der je nach den Personen, welche in jene eintreten, bald anzulegen ist, bald auch nicht. Es wird sich nemlich häufig finden, dass Jemand als Vormund, Gesellschafter u. s. w. mit Dingen zu thun bekömmt, welche sonst nicht die seinigen sind, mit denen er sich noch nicht befasste, in denen er also eine Gewohnheit nicht hat. Vielleicht hatte er bis dahin eigene Sachen überhaupt nicht. Hier wäre in Ermangelung eines concreten Maassstabes auf den abstracten zurückzukommen und es ergäbe sich nun die Ungleichheit, dass Einer in Dingen, die ihm fremd sind, deren Unkenntniss bei ihm verzeihlich ist, die Diligenz des paterfamilias idoneus zu leisten hätte, während ein Anderer, dem jene Geschäfte geläufig sind, oder seyn sollen, unter dem gewöhnten Schlendrian Dritte dürfte leiden lassen.

Alle diese Erwägungen lassen es mehr als bedenklich erscheinen, unter dem Beisatz consueta oder quam suis bei der diligentia, welche der Vormund u. s. w. zu leisten haben, die Angewöhnung dieser Personen zu verstehen. Wenn wir von dem Verständnisse der s. g. abstracten Diligenz, wie es sonst festgestellt ist, hier abzugehen nicht veranlasst waren, weil es dem Wesen der Obligation zusagt, wenn ferner sich dort überhaupt kein Spielraum für unsere Auslegung fand, weil die Quellen die ihrige geben: so stellt sich dagegen hinsichtlich der concreten Diligenz einestheils die Aufgabe dahin, für sie ein zusagendes Verständniss zu ermitteln, anderntheils haben wir hierbei freie Hand, weil die Quellen selbst nichts als den Ausdruck geben und, was sie darunter verstehen, eingehend nirgends erklären.

Diese Function ist in eine bestimmte Richtung gleich dadurch gewiesen, dass die Juristen für die ermässigte Prästationspflicht, welche sie mit diligentia quam suis bezeichnen, einige sachliche Gründe angeben. Wenn sie uns jetzt das Institut auch nicht eingehend beschreiben, so wissen wir doch schon so viel, dass es etwas seyn muss, was zu jenen

Gründen als Folge passt. Wenn sich ferner zeigt, dass die Gründe aus dem Wesen der Obligation gegriffen sind, für welche ihnen Folge gegeben wird, Folge ihnen aber nur gegeben wird, damit das Wesen jener Obligation zur Erfüllung gelange: so dürfen wir sie aus diesem Elemente vervollständigen, ergänzen, überhaupt Alles, was als Natur des concreten Rechtsverhältnisses erweislich ist, auf die Zurechnung ebenmässig einwirken lassen.

Zwar lassen sich die Juristen nur spärlich aus. Doch ist aus dem Wenigen, in Verbindung mit Anderem, etwas zu machen.

Gajus [4]) sagt: an diligentia quam suis des Gesellschafters müsse man sich genügen lassen: quia qui parum diligentem sibi socium acquirit, de se queri debet. Entscheidungsgrund ist nicht, dass man den Gesellschafter Gewählt hat. Man wählt auch seinen Miethsmann, seinen Verkäufer, und gleichwohl wird nicht gesagt: de se queri debet, qui parum diligentem sibi venditorem, conductorem acquirit. Zu betonen ist vielmehr der Gesellschafter. Etwas Besonderes tritt nicht ein, weil man gewählt hat, sondern weil man Jemanden zum Gesellschafter gewählt hat.

Die besondere Prästationspflicht bei der Gesellschaft ist hiernach aus der Eigenheit dieses Rechtsverhältnisses zu erklären.

Während sonst bei Rechtsgeschäften die Betheiligten einander Gegenüber stehen und jene einen Tausch und Wechsel in den Zuständen herbeizuführen gemeinhin bestimmt sind: will die Gesellschaft in der Vereinigung Zu solchen oder anderen Geschäften einen vergleichungsweise dauernden Zustand begründen. Wenn dort in gewissen gemessenen Leistungen der Vertragspersonen der Zweck des Geschäfts besteht, so werfen diese hier ihre Thätigkeit überhaupt zu einem gewissen Zwecke ein. Ist die Ver-

---

4) fr. 72 D. eod

pflichtung z. B. des Verkäufers auf vorübergehende Bewahrung und Uebergabe der verkauften, die des Entleihers auf angemessene Behandlung und rechtzeitige Rückgabe der entliehenen Sache beschränkt: so ist dagegen die Gesellschaft einer Ausdehnung auf alle denkbaren Geschäfte und Verrichtungen empfänglich. Oft wird der Gesellschafter bei Eingehung des Vertrags gar nicht absehen können, mit was Allem er zu thun bekommen wird.

Da nun der Einzelne niemals Alle Dinge Vollkommen oder auch nur die einen und die andern Gleich gut versteht: so ist es natürlich, dass in der Gesellschaft nicht stricte das Erforderniss der Sache, überhaupt nicht Gegenständliches der Maassstab für die schuldigen Leistungen, vielmehr dieser der Individualität des Verpflichteten entnommen sey. Diese Natur der Sache wird sich in der Uebung Geltung verschaffen. Niemand wird die ganz sachdienliche Bestellung von Angelegenheiten auf sich nehmen, von denen er nicht weiss, was für welche es nur seyn werden. Auch wird von der andern Seite die Rechtserwartung höchstens darauf gehen, dass eben je nach Kräften eingestanden werde.

Weil hier die Rechtserwartung wesentlich auf die Individualität des Verpflichteten gestellt ist, muss man, um jener gewiss zu seyn, es dieser seyn. Wer auf den Markt geht, besieht mehr die Sache als den Verkäufer. Dagegen pflegt, wer eine Gesellschaft eingeht, den Gesellschafter schon zu kennen oder doch dessen Persönlichkeit vorerst zu prüfen. Er wird immer wissen, mit Wem er es zu thun hat.

Dieses Wissen leitet das Verständniss des de se queri debet ein. Er Weiss, wen er vor sich hat, und Will also einen solchen haben. Dem Einwilligenden aber geschieht nicht Unrecht, oder: dem, der Will, geschieht recht.

Was will aber der Gesellschafter von dem andern, den er sich beigiebt? Diligentia Suis rebus consueta. Wäre es dem einen Gesellschafter lediglich um die gute oder üble Angewöhnung des andern zu thun, so hätte das Suis keinen Sinn. Die Gewohnheit lässt sich an der Handlungsweise in

fremden Dingen so gut als an der in eignen erkennen. Handelte es sich nur um Sie, so leisteten jene die nemlichen Dienste wie diese. Soll es gleichwohl nur mit der Gewohnheit im Eignen gethan seyn, so muss dies ein besonderes Bewenden haben, und dieses wird kaum ein anderes seyn, als dass dem Menschen Selbstliebe gewöhnlich und natürlich, und folglich als Regel anzunehmen ist, dass Einer für sich selbst so gut sorgt, den Eigenen Vortheil so vollständig wahrnimmt, als er es irgend versteht.

Hiernach ist diligentia quam suis nicht die Angewöhnung, wie sie einem jeden Beliebt, sondern die Fähigkeit, welche Einer Hat. Das Verhalten in suis soll nicht die Angewöhnung als solche bezeugen, sondern soll Erkenntnissmittel seyn für die Fähigkeit, welche Jemanden gegeben ist. Hat aber das Verhalten in suis eine selbstständige und ausschliessende Bedeutung nicht, sondern nur die eines Mittels zu jenem Zweck, so haben mit ihm gleichen Werth alle andern Thatsachen, die gleich gute Mittel zu demselben Zwecke, zur Erkenntniss der Individuellen Begabung sind.

Die Auffassung der diligentia quam suis als Gewohnheit ist mit dem „de se queri debet“ auch sprachlich nicht gut zu vereinen. Dass der eine Gesellschafter an diligentia quam suis sich genügen lassen muss, soll ihm Zuzurechnen seyn. Dass der andere nur solche leistet, soll diesem Nicht zuzurechnen seyn. Auf der Seite des ersten ist klar, dass er sich zuschreiben muss, was er wusste und wollte. Soll aber dem letztern sein Verhalten Nicht zugerechnet werden, so muss es ein solches seyn, zu dem er nicht nach Belieben und Wahl sich bestimmte. Wäre nun diligentia quam suis des Gesellschafters dessen Gewohnheit, die er heute so, morgen anders annehmen mag, so liesse sich kaum sagen, dass der andere Gesellschafter, den solcher Wechsel der Laune träfe, hierwegen über sich selbst und nicht vielmehr über den Genossen Klage zu führen hätte.

Jetzt erhellt auch das Verhältniss der Prästationspflicht in der Societät zur Prästationspflicht in den Verträgen mit

s. g. abstracter Diligenz. Der Vermiether, welcher eine Handthierung zusagt, hat diese ganz sachdienlich zu leisten. Handelt er seiner Verpflichtung mit Willen zuwider, so liegt Hierin seine culpa, diese hat er zu vertreten. Lässt er seine Verpflichtung unerfüllt, weil er der Erfüllung nicht gewachsen, diese ihm aus persönlichen Gründen unmöglich ist, so wird ihm zugerechnet, dass er eine Sache unternahm, die er nicht verstand, in welcher er nicht sicher war.[5]) Die erste Prästationspflicht trifft auch den Gesellschafter, nicht so die zweite. Der Gesellschafter unterscheidet sich von dem Vermiether nicht dadurch, dass er seiner Gewohnheit zu liebe nicht Alles zu leisten brauchte, was verpflichtungsgemäss ist, und er zu leisten vermag: sondern nur in soferne, als nicht, wie jenen, so auch ihn sein Unvermögen verantwortlich macht.

Für die von der Prästationspflicht bei dem Kauf, der Miethe u. s. w. verschiedene Prästationspflicht in der Gesellschaft wurde vorhin als Grund angedeutet, dass dort sich der Vertragsgegenstand in gewissen Leistungen, Thätigkeiten erschöpft, während hier Thätigkeit überhaupt zu einem bestimmten Zwecke gemeinhin eingeworfen wird, so dass bei der vergleichungsweisen Umfänglichkeit und Dauer der Leistungspflicht der Nemlichen Person, naturgemäss deren Individualität an die Stelle des stricten Erfordernisses der Sache für die Rechtserwartung tritt.

Ist jener Grund richtig, so folgt, dass die besondere Prästationspflicht des Gesellschafters auf solche Verhältnisse einzuschränken ist, die ein Vielerlei von Geschäften, umfängliche Administration und fortgesetzte Thätigkeit mit sich führen: so dass, wer etwa nur eine einzelne Verrichtung, z. B. den Ankauf einer bestimmten Sache, das Einstellen eines Stücks Vieh, wenn auch gesellschaftsweise, auf sich nimmt, damit von sich ausgiebt, der Sache

---

5) fr. 8, §. 1 D. ad leg. Aquil. (9, 2).

kundig zu seyn und hierwegen zu gemeiner, d. h. vollkommen sachdienlicher Diligenz verpflichtet wird.

Ist ferner, was kaum zu bestreiten seyn wird, die Ausschliessung solcher Fälle vereinzelter Thätigkeit von der ermässigten Zurechnung aus den Quellen ersichtlich,[6] so folgt hieraus wieder, dass der für jene hier unterstellte Grund Richtig ist.

Uebrigens hat das hier entscheidende thatsächliche Verhältniss diese Wirkung so wenig selbstständig und schon für sich, als z. B. das Vortheilziehn in den Obligationen mit s. g. abstracter, vollkommener Diligenz. Ein Vielerlei von Verrichtungen bringt z. B. auch das allgemeine Mandat mit sich. Auch ein solches wird nur auf den Grund persönlicher Bekanntschaft ertheilt werden. Gleichwohl ist die Prästationspflicht des Mandatars strenger gegriffen als die des Gesellschafters. Die Meinung des Auftraggebers ist, dass der Beauftragte Statt seiner und Für ihn thue oder habe. Dagegegen will der Gesellschafter Mit dem Gesellschafter thun oder haben, er will diesen Mithaben d. h. ihn wenn allerdings nicht so, wie er jeweils sich stellen und anlassen mag, doch so, wie er eben wirklich ist, haben.

Der endliche Rechtsgrund für die Prästationspflicht ist, wie in Verträgen überhaupt, so auch im Gesellschaftsver-

---

6) fr. 52. §. 2, 11 D. pro soc. (17, 2): si in coeunda societate artem operamve pollicitus est alter, veluti cum pecus in commune pascendum, aut agrum politori damus, in commune quaerendis fructibus: nimirum ibi etiam culpa praestanda est, pretium enim operae artis est velamentum. Der Grund des Juristen ist, als solcher, wieder ohne Werth. Er ist viel zu weit. Weil der Gesellschafter auf Gewinn immer Anwartschaft hat, also jedes Gesellschaftsverhältniss im Eignen Interesse eingeht, so müsste der Grund, welcher Hieraus genommen ist, für Alle Gesellschaftsverhältnisse zur nemlichen Entscheidung wie für das vorliegende führen. Aber der Grund ist bedeutend in so fern, als er die Meinung des Juristen ausser Zweifel stellt. Dieser giebt einestheils zu erkennen, dass er an die Verhältnisse mit omnis culpa und die für die Theorie dort maassgebende Thatsache des Vortheilziehens denkt. Anderntheils geht daraus, dass er letztere hierher zieht, hervor, dass er die Prästationspflicht, welche dort gilt, auf das in Frage stehende Gesellschaftsverhältniss angewendet wissen will.

trag, der Vertragswille. Die hier auf die Besonderheit der thatsächlichen Verhältnisse gegründete Rücksicht entscheidet nur in sofern, als sie Bestimmungsgrund für den Vertragswillen ist. Als solcher erscheint sie entweder unmittelbar, wenn die vertragschliessenden Personen der bedingenden Verhältnisse sich bewusst sind und ihnen Folge geben. Oder mittelbar, sofern jene als wirksames Moment in der Uebung wahrgenommen werden und alsdann der Vertragswille, als gerichtet auf das Sachgemässe, Uebliche, ausgelegt und hiermit dies letztere dispositive Rechtsnorm wird.

Der Gesellschaft am Nächsten verwandt ist die Stellung des Ehemannes hinsichtlich der dos, sofern die thatsächlichen Verhältnisse, welche dort vertragsweise Berücksichtigung finden, auch hier zutreffen.

Die Stelle des Vertrags vertritt die Berufung durch den Erblasser und dessen Willensmeinung bei dem restitutionspflichtigen Erben.

XII. Culpa in der Obligation. S. g. concrete culpa.

(Schluss.)

Ein Grund für die, mit diligentia quam suis oder suis rebus consueta bezeichnete, ermässigte Prästationspflicht findet sich noch bei der Erb- und derjenigen Sach-gemeinschaft erwähnt, welche ohne Vertrag entsteht. Hier heisst es von den in der Obligation stehenden Personen: hos conjunxit non consensus sed res — non contrahimus, sed incidimus in eum.[7]) Von dem, der mit Gemeinschaftssachen etwas vornimmt, wird gesagt: propter suam partem causam habuit gerendi.

Das Thatsächliche läuft hier überall darauf hinaus, dass Jemand nicht durch eigne, freie Wahl und Entschliessung, sondern durch, von seiner Einwirkung unabhängige Um-

7) fr. 25. §. 16 D. famil. hercisc. (10, 2).

stände in die Lage, mit fremden Dingen sich befassen zu müssen, versetzt sey. Ihm steht ein Solcher gegenüber, welcher Besorgungen oder irgend welchen Leistungen für Andere sich aus freien Stücken unterzog, zu dergleichen sich antrug. Dieser letztere steht, um seines affectare willen, für vollständige, ganz sachdienliche Durchführung des Uebernommenen ein, mag er der Sache gewachsen seyn oder nicht. 8) Weil diese Prästationspflicht gerade in der Person eines Solchen eintritt, der Verrichtungen Freiwillig aufnimmt, und der Grund, Dass sie eintritt, eben jene freiwillige Uebernahme ist: so folgt, dass Jemand, der dem Befassen mit fremden Dingen sich Unfreiwillig unterzieht, sein Unvermögen Nicht zu vertreten hat, dass übrigens, sofern in seiner Person anderweite Gründe zur Abweichung von der gemeinen Prästationspflicht nicht vorliegen, auch anderweite Abweichungen nicht stattfinden, vielmehr, von jener Einen Modification abgesehen, hier Alles nach der gemeinen Regel geht.

Die Bestimmung nun, dass Jemand Verhältnisse und Lagen, die er nicht selbst herbeiführte, auch nicht vertreten müsse, hat so wenig etwas besonderes an sich, dass sie vielmehr aus dem Begriffe der Zurechnung selbstverständlich folgt. Sie kommt zur Anwendung wie in, so auch ausser der Obligation.

Es war schon von dem Verhältniss des Freien die Rede, der, über seinen Stand in Irrthum, Jemanden als Sklave dient. 9) Er unterliegt wegen Schadenszufügungen der gemeinen Verantwortlichkeit nicht, vielmehr werden jene ihm nachgesehn, wenn er nur die Mittel und Begabung, welche ihm eben verliehen sind, bei seinen Verrichtungen bethätigt hat.

---

8) fr. 8. §. 1. D. ad leg. Aquil. (9. 2). fr 137, §. 4, 5. D. de verb. obl. (45, 1).

9) fr. 54, §. 1, 2. D. de acquir. rer. dom. (41, 1).

Ferner ist schon der Fall besprochen, dass fremde Thiere in Jemands angebautes Land einbrechen und Gewächse abweiden.[10] Der Inhaber ist hier unwillkürlich in die Lage versetzt, der Eindringlinge sich erwehren zu müssen, ihm steht das Recht, sie auszutreiben, zu. Doch soll er: agere quasi suum. Der Ausdruck erinnert an die diligentia rebus suis consueta. Seine Bedeutung ist dahin festgestellt: dass die Austreibung mit so viel Rücksicht und Schonung zu geschehen habe, als die individuellen Verhältnisse des Beeinträchtigten zulassen.

Wenn hiernach das Genügen an der individuellen Leistungsfähigkeit auf den Grund nöthigender Verhältnisse aus dem Princip der Zurechnung fliesst und desswegen ihm durchgehend Folge zu geben ist: so hat die vorzugsweise Verhandlung jener Rücksicht bei der Gemeinschaft ohne Vertrag nicht ein besonderes Recht für dieses Verhältniss, sondern vielmehr an letzterem das Thatsächliche zu bedeuten, dass bei ihm die Bedingung der ermässigten Zurechnung immer vorliegt, also eben so gut unfreiwillige Gemeinschaft, als nöthigendes Verhältniss u. dgl., bei Besprechung der an letzteres geknüpften Folgen gesetzt werden kann.

Wir finden zwei Gründe einer eigens gearteten Prästationspflicht in den Quellen erwähnt: Einwilligung der Betheiligten in der Gesellschaft, nöthigendes Verhältniss in der Gemeinschaft ohne Vertrag. Weitere Gründe werden nicht angeführt. Als Folge der angeführten hat für die betreffenden Verhältnisse sich ergeben: dass dem Unvermögen Rechnung getragen werde. Eine andere Modification der Prästationspflicht, als diese, kommt nicht vor. Da nun diese die einzige vorkommende Modification, die Bezeichnung für letztere aber diligentia quam suis oder consueta ist, da ferner die Nicht-zurechnung des Unvermögens allein das Unterscheidende der betreffenden Obligationen von andern,

---

10) fr. 39. §. 1. D. ad leg. Aquil. (9, 2).

die Bezeichnung aber dieses Unterschieds ebenfalls wieder diligentia quam suis u. s. w. ist: so folgt erstens, dass diligentia quam suis u. s. w. in der Gesellschaft und Gemeinschaft ohne Vertrag nicht Gewohnheit, sondern Pflichterfüllung nach Kräften bedeutet. Zweitens aber folgt, weil der Ausdruck in der Vormundschaft u. s. w. nichts Anderes als in der Gesellschaft oder Gemeinschaft ohne Vertrag bedeutet: dass diligentia quam suis, wo sie auch vorkommt, immer nur die hier angenommene Bedeutung hat.

Ist jetzt diligentia suis rebus consueta als individuelle Leistungsfähigkeit bestimmt und hiermit für die Rechtsverhältnisse, in welchen das Institut vorkommt, ausgesprochen, dass dem Verpflichteten sein Unvermögen hier nicht zugerechnet werde: so frägt es sich noch, wie jene Leistungsfähigkeit oder dieses Unvermögen selber zu denken seyen. Der weite und unbestimmte Ausdruck der Quellen lässt nicht zu, hier nur eine gewisse Art von Zuständen, z. B. physische oder psychische Hindernisse von absoluter Natur in's Auge zu fassen. Zugleich schliesst das consueta immerhin eine Handlungsweise, also auch ein Verhalten ein, zu welchem Einer, wenn auch aus gewichtigen, zwingenden Gründen, sich selbst noch bestimmt hat. So wird in den Rechtsverhältnissen mit diligentia quam suis, bei Beurtheilung der Leistungen des zu Besorgung fremder Angelegenheiten Verpflichteten, recht wohl auch dessen sonstigen Berufspflichten, der Sorge für das Eigne Auskommen u. s. w. Rechnung zu tragen seyn. Auch wird, wenn Jemand für seine Eignen Sachen eine gewisse Behandlungsweise zuträglich erachtet und für solche einen gewissen Fuss hergebracht, gewisse Einrichtungen dafür getroffen hat, ihm zugelassen werden, nach der Weise des Eignen und so, wie es mit diesem geschehen kann, auch das Fremde zu besorgen. 11).

---

11) fr. 22 §. 3 D. ad S. C. Treb. (36, 1).

Auf der andern Seite erstreckt die Modification sich nicht weiter als ihr Grund. Der Gemeinschafter z. B. hat: propter suam partem causam Gerendi. Die Besorgung des Eignen zwingt ihn, Fremdes Mit zu besorgen. Macht er sich darüber hinaus mit der Sache zu thun, so vertritt er wieder gemeine Diligenz.

Der Gesellschafter kennt seinen Gesellschafter und schickt sich in Dessen Individualität. Ist diese minder tauglich: de se queri debet. Dies muss er nicht, wenn ein Dritter zugezogen wird, den er Nicht gekannt, gewählt hat. Der Gesellschafter, der einen solchen zuzieht, tritt nun in die gemeine Prästationspflicht ein.

An dem hier entwickelten Wesen der diligentia suis rebus consueta findet sich allerdings von ebenbürtiger Berechtigung der Angewöhnung mit gehöriger Pflichterfüllung nicht die Spur. Es könnte scheinen, als ob das Wörtchen consueta dieser Auffassung im Wege stände. Drückte dieses lediglich die äusserliche Thatsache des Gewohntseyns aus: so wäre für den Begriff, der sonst feststeht, die Bezeichnung von den Juristen unpassend gewählt. Allein die Quellen selbst leiten auf ein besseres sprachliches Verständniss hin.

Für diligentia rebus suis consueta steht einmal: ad suum modum cura.[12] Neben dem Suus modus wird Hominum natura genannt. Es will hier nicht Modus der natura, sondern das Eigene, Individuelle, dem Regelmässigen, Gemeinmenschlichen gegenübergestellt werden. Für suus Modus liess sich setzen: sua Natura. Modus ist also nicht das Maass, mit welchem Einem zu messen beliebt, sondern das Maass, das ihm zugemessen Ist.

Die Angewöhnung kann, und wird auch immer, Löbliches mit Unlöblichem untermischt enthalten. Um dem letzteren unter Umständen Eingang zu verschaffen, hat man die

12) fr. 32 D. dep. (16, 3): . . . etsi quis non ad eum modum, quem ominum natura desiderat, diligens est: nisi tamen ad suum modum cuam . . praestat, fraude non caret. Nec enim salva fide minorem iis, quam uis, rebus diligentiam praestabit.

s. g. concrete Diligenz im System. Nun sagen aber die Quellen, was nicht hätte übersehen werden sollen, in Bezug auf das Dotalverhältniss, in welchem diligentia quam suis gilt, ausdrücklich: was in Eigenen Dingen nicht löblich sey, solle auch in Fremden nicht geduldet werden.[13]) Da die blose Angewöhnung auch Unlöbliches enthält, die diligentia suis rebus consueta aber etwas seyn soll, das von jenem Nichts enthält, so kann diligentia rebus suis consueta Nicht Angewöhnung seyn.

Wir sind hiermit bei einem Verständnisse der Gewohnheit angelangt, welches für sie auf einem anderen Gebiete, nemlich wo sie als Rechtsquelle verhandelt wird, schon längst in Anspruch genommen ist. Hier pflegt man sie nicht von ihrer äusserlichen, erscheinenden, sondern von jener andern Seite zu besehen, von welcher aus sie Bedingung für das Erscheinende und zugleich dafür ist, dass dieses Verbreitung und Dauer gewinne. Von dieser Seite stellt sich die Gewohnheit nicht als Laune, Willkür, Eigensinn dar, sondern als wirkliche, begründete Ueberzeugung und sich Schicken in die Nothwendigkeit und gegebene Verhältnisse. So verstanden, mag sie auch in der Obligation Eingang finden und wird hier eine schickliche Stelle namentlich alsdann immer einnehmen, wenn dazu entweder, wie z. B. bei Verträgen, ein Anhalt im Vertragswillen sich findet, oder bei anderen Verhältnissen gewissen Rücksichten, die für die Zurechnung ohnehin maassgebend sind, damit Rechnung getragen wird. Wie die gemeine Gewohnheit die Voraussetzung, um derenwillen sie Geltung hat, eben durch ihre Verbreitung und Dauer schon bewährt, so wird man der individuellen Gewohnheit nur Unter jener Voraussetzung Geltung einräumen.

Die Vorstellung der s. g. abstracten Diligenz, als des Fleisses, der Aufmerksamkeit eines rechtschaffenen Hausvaters, hat sich unter Anderem als verwerflich auch darum

---

13) fr. 24 §. 5 D. sol. matr. (24, 3): saevitia, quae in propriis culpanda est, in alienis coercenda est.

erwiesen, weil sie persönliche Verhältnisse in die Obligation überträgt, welche doch, ihrem Begriffe nach, nur einzelne und schätzbare Leistungen aufnimmt. Derselben Methode gehört das Hereinziehn der Person in dem schlechten Sinne an, dass diese anstatt schuldiger Leistungen etwas, was eben ihre Art und Weise ist, ihre gute oder üble Angewöhnung, in Kauf geben könne.

Die s. g. abstracte Diligenz ist aus diesem Zusammenhang damit ausgeschieden, dass sie aus einer Zurechnungsart zum Inhalt gewisser Obligationen geworden ist, und als solcher, wie jeder andere, der gemeinen Zurechnung unterliegt.

Dieser letztern gegenüber blieb noch die s. g. concrete Diligenz als anomaler Maassstab für die Pflichterfüllung übrig. Da man in allen Dingen, bezüglich deren man eine rechtliche Verpflichtung hat, auch seine Gewohnheit haben, diese Gewohnheit aber ein anderes Verhalten als jenes verpflichtungsgemässe seyn kann: so hat die Auffassung der s. g. concreten Diligenz als Gewohnheit und des Zuwiderhandelns gegen letztere als einer besondern Zurechnung in den Nemlichen Rechtsverhältnissen, für welche die gemeine Zurechnung Auch Geltung haben soll, zu zweierlei und sich widersprechenden Prästationsregeln in gewissen Obligationen geführt.

Die Versuche, den Widerspruch zu heben Und die Bedeutung der Gewohnheit für diligentia quam suis fest zu halten, erwiesen sich als vergeblich. Erst mit der Beseitigung der Gewohnheit fiel der Widerspruch aus.

Nachdem wir aber die Gewohnheit als anomalen Maassstab oder besondere Prästationspflicht für gewisse Obligationen nicht mehr haben, sind diese mit allen andern in so fern in Eine Reihe getreten, als für sie nicht mehr anderes und ungleiches Recht gilt, sondern vielmehr durch Inbetrachtnahme nur Thatsächlicher Verschiedenheiten das Recht als Eines und Gleiches sich gerade bewährt.

Solche thatsächliche Eigenheiten sind die Zustimmung der Betheiligten in der vertragsmässigen Gemeinschaft, das nöthigende Verhältniss bei der Gemeinschaft ohne Vertrag und bei der unfreiwilligen Stellvertretung.

Dass dem Einwilligenden nicht Unrecht geschehe, dass Jemand Schaden, den er nicht abzuhalten vermag, wenn er nur die Bedingung seines Eintretens nicht selbst herbeigeführt, sein Unvermögen nicht selbst verschuldete, nicht zu vertreten habe: sind Regeln, deren Anwendung auf einzelne Rechtsverhältnisse, für diese so wenig etwas Besonderes enthält, dass die Zurechnung vielmehr ihr Wesen durch deren Nichtbeachtung verläugnete.

Sie finden Anwendung ausser der Obligation und in Jeder Obligation. Dass auf sie bei einzelnen Obligationen ausdrücklich hingewiesen ist, bedeutet für diese nicht ein Ausnehmen von der gemeinen Regel, sondern ein, bei ihnen regelmässig zutreffendes thatsächliches Verhältniss, auf welches die gemeine Regel princip- und sachgemäss angewandt wird.

Aus dieser Selbstverständlichkeit erklärt sich auch, dass die Juristen dem Gesellschafter, Vormund, Ehemann u. s. w. ihre Obliegenheiten bis in's Einzelne und ohne jeden Vorbehalt regelmässig vorzeichnen, nur hie und da und ganz im Allgemeinen auf die Modification hinweisen. Auch hüten sie sich, jemals zu sagen, der Vormund u. s. w. vertreten dolus und culpa consueta, oder leisten dolus und diligentia consueta, woran doch vollständig genug wäre, wenn es sich um dolus handelte und Gewohnte Diligenz. Vielmehr werden diese Personen immer erst ausdrücklich für dolus und culpa, also für alle Pflichtwidrigkeit schlechthin verhaftet, ganz wie der Miether, Pfandgläubiger u. a. m., und wenn dann noch diligentia consueta nachfolgt, so lautet dies nicht wie ein Widersprechen oder Berichtigen des eben Gesagten, sondern wie dessen nähere Ausführung und fast überflüssige Erläuterung. Wollte man nun an dieser Stelle Gewohnheit denken und die Juristen sagen lassen, der Vormund hafte

für Diligenz wie jeder Andere, übrigens nur für seine Gewohnheit, oder, er vertrete culpa, und zwar Handlungen, die er nicht Gewohnt sey; so legte man ihnen einen Unsinn der Art in den Mund, wie rücksichtlich des omne periculum zu rügen war, das man in eine Reihenfolge der Diligenzen stellt. So wenig als eine gesteigerte Diligenz durch das omne periculum, kann eine nähere Bestimmung der gemeinen Zurechnung durch Gewohnheit ausgedrückt werden, da beide wesentlich verschiedene Dinge sind, die gegeneinander sich gleichgültig zu verhalten erst da aufhören, wo ihr Widerspruch beginnt.

Wie Jemands Verhalten im Eignen, dieses in einem gewissen Umfang oder auch im Ganzen betrachtet, als Erkenntnissmittel für dessen Individualität und Leistungsfähigkeit überhaupt und also mittelbar dafür, ob er fremden Dingen nach Kräften vorgestanden sey, sich dienlich erwies: so kann auch Jemands Verhalten bezüglich einer Einzelnen eignen Sache, zu einem gegebenen Zeitpunkt und unter gewissen Umständen, Gewissheit darüber geben, wie er zur nemlichen Zeit und unter gleichen Umständen mit einer einzelnen Fremden, etwa anvertrauten Sache, es zu halten vermochte. Von dem Commodatar wird angenommen, dass er die Verpflichtung eingegangen habe, für die entliehene Sache und ihre Erhaltung so gut zu sorgen, als ihm nur möglich ist. Dem Vormund ist vorgeschrieben, binnen genau bestimmter Zeit Capitalien des Mündels zinsbar anzulegen, wenn dazu irgend sich Gelegenheit findet. Wenn nun z. B. bei Feuersgefahr eigne Sachen des Commodanten mit nicht minder transportabeln entliehenen sich im nemlichen Gewahrsam befinden und er hat die eignen weggebracht und gerettet, so ist damit hergestellt, dass auch die Rettung der entliehenen Sachen dem Entleiher möglich war. Hat der Vormund, nachdem der Termin für die Anlage der Mündelgelder eingetreten war, Eigne Gelder angelegt, so geht daraus hervor, dass die Anlage von Geldern, also auch von solchen des Mündels, an jenem Zeitpunct durch den Vormund

geschehen konnte. Da nun die Erhaltung der entliehenen Sachen, die Anlegung der Mündelgelder, für den Fall der Ausführbarkeit schlechthin, also nicht mit der Einschränkung vorgeschrieben ist, dass hierdurch die Rettung oder Anlage der eigenen Sachen oder Capitalien dem Entleiher oder Vormund nicht vereitelt werden dürfe: so ist einfach durch die Thatsachen der Rettung und Anlage des Eigenen, dann des Preisgebens und Liegenlassens des Fremden, die Pflichtwidrigkeit des Entleihers und Vormunds und deren Prästationspflicht constatirt.

Hier kommt das Verhalten des Verpflichteten im Eignen bezüglich Einzelner Sachen und bei Gewissen Anlässen lediglich als Erkenntnissmittel für die Leistungsfähigkeit desselben in Betracht. Die Quellen selbst geben dies unzweideutig zu erkennen.[14])

Fasst man nun Jemands Verhalten, statt in so vereinzelten Beziehungen, in grösserem Umfang oder auch als Ganzes ins Auge, so ist diese Betrachtungsweise von jener andern nur dem Umfange nach verschieden. Darum können auch Zweck und Ergebniss hier nicht wesentlich verschieden seyn, d. h. wenn es dort lediglich der Erkenntniss galt, was eine Person zu einer gegebenen Zeit hinsichtlich einer bestimmten Sache zu leisten vermochte: so kann auch hier die Gesammthandlungsweise nicht einen Werth für sich, als Angewöhnung u. dgl. haben, sondern ebenfalls nur Mittel zu dem umfänglicheren Zweck seyn, über die Leistungsfähigkeit der Person überhaupt, in Sachen jederlei Art, sich ein Urtheil zu bilden.

Ausser den Obligationen aus Gemeinschaft und aus freiwilliger Stellvertretung wird der diligentia quam suis auch bei dem depositum gedacht. Dass hier, wie überhaupt in den Obligationen, welche Haftungspflicht nur für dolus und culpa lata haben, die Vertragspersonen zu Mehr Leistungen

14) fr. 18. §. 1. D. de adm. et peric. tut. (26, 7); fr. 5. §. 4. D. comm. (13, 6).

für die fremden, als für die eigenen Sachen, oder gar zur Aufopferung der letztern um jener willen, sich nicht verpflichten wolle, wird im Zweifel immer anzunehmen seyn. Während dem Commodatar zugemuthet wird, wenn eigene und entliehene Sachen in gemeinschaftlicher Gefahr sich befinden, diese vor jenen in Sicherheit zu bringen, wird Aehnliches an den Depositar nicht verlangt. Dieser Punct darf als erledigt gelten.

Aber auf die Stelle, [15]) welche dem Depositar ad suum modum curam, diligentiam quam suis auflegt, gründet man zugleich die weitere Annahme, dass der Depositar wenigstens so gut, wie seine eignen, auch die hinterlegten Sachen behandeln, so viel Thätigkeit, Fleiss u. s. w., als er an jene wendet, auch diesen zu Theil werden lassen müsse. Daraufhin wurde sogar generalisirt und der Culpa-theorie die Lehre einverleibt: dass Jemand, der zwar nur culpa lata vertrete, wenn sein Verhalten im Eignen besser als levis culpa sey, dies Verhalten auch am Fremden bewähren müsse, oder: dass mindere, als rebus suis consueta diligentia in Fremden Sachen, immer dolus, culpa lata sey.

Hiernach wäre anzunehmen, dass der Depositar z. B. bei einem Brande, aus welchem er seine eignen Habseligkeiten rettet, auch zur Sicherung der hinterlegten Sachen gleicher Lebensgefahr sich auszusetzen habe, im grellen Widerspruch mit der Regel: aequius esse, nemini officium suum damnosum esse.

Ferner müsste der Depositar, welcher die Unterweisung und Ausbildung der Eignen Sklaven sich viel Mühe und Geld kosten lässt, es ebenso mit den Sklaven des Deponenten halten. Aber nicht einmal dem Verkäufer, der doch

15) fr. 32 D. dep. (16, 3): Quod Nerva diceret, latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat: mihi verissimum videtur. Nam etsi quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est: nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret. Nec enim salva fide minorem iis, quam suis, rebus diligentiam praestabit.

für s. g. culpa levis haftet, dessen Leistungspflicht jedenfalls Mehr als die des Depositars begreifen soll, wird dergleichen zugemuthet.

Aehnliche Verpflichtungen, wie den Depositar, träfen dann auch den Precaristen u. a. m. —

Dies läuft nun ausgesprochenen Regeln sowohl, als Allem, was über die Pflichtstellung des Depositars u. s. w. im Einzelnen ausgeführt ist, ganz und gar zuwider und ist auch der Sinn der Stelle aus Celsus nicht.

Er beginnt mit der Frage, ob latior culpa dolus sey, d. h. ob ein Verhalten, welches man unter dem Dolus-delict nicht zu begreifen pflegte, auf welches das Edict nicht angewendet, die actio de dolo nicht erstreckt wurde, doch hier im Hinterlegungsverhältnisse zum dolus gezogen werden, d. h. verantwortlich machen, mit der depositi actio verfolgbar seyn könne. Diese Frage bejaht er: nam, . . nisi . . quis . . ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret, d. h. wenn Einer nicht wenigstens so weit, als seine Kräfte und die Umstände ihm gestatten, seinen im Hinterlegungsvertrage eingegangenen Zusagen nachkomme, sey er doch offenbar im Unrecht. Nec enim salva fide minorem iis, quam suis, rebus diligentiam praestabit: was namentlich die hinterlegten Sachen anbelange, so entspreche der Depositar gewiss alsdann seiner vertragsmässigen Verpflichtung nicht, wenn es in Einem hingehe, mit den eignen Sachen auch die hinterlegten zu wahren, und er gerade nur die hinterlegten ihrem Schicksal überlasse.

Von der diligentia, welche der Depositar seinen eignen Sachen zuwendet, ist nicht gesagt, dass sie consueta, noch weniger, dass sie die höchste sey, welche jener zu leisten fähig ist. Ueberhaupt steht gänzlich dahin, wie klein oder wie gross sie sey, vielmehr wird nur bemerkt, dass der Depositar sich mehr um die eignen Sachen, als um die hinterlegten kümmerte, dass er gerade diese preisgab, die seinen nicht. Können wir aber die zur Wahrung der eignen Sachen des Depositars angewandte Mühe oder Arbeit über-

haupt denken als welche wir wollen, so können wir sie auch als solche denken, welche, ohne darum lästig oder auch nur grösser zu werden, genügte, um auch die hinterlegten Sachen zu sichern, bei deren Aufwendung, wie sie wegen der eignen Sachen des Depositars nun doch einmal geschehen musste, die Wahrung dieser und der hinterlegten in Einem hingieng. Dass eine Zurücksetzung der hinterlegten Sachen in solcher Weise den Depositar nach der Absicht des Hinterlegungsvertrags verantwortlich mache, ist ebenso natürlich, als daraus herzuleiten unzulässig, dass der Depositar jederlei Diligenz, welche er seinen eignen Sachen angedeihen lasse, auch auf die fremden zu verwenden habe, oder, dass Jemand in der Obligation, die ihn an sich zu Diligenz überhaupt nicht verpflichtet, solche zu leisten habe, wenn er sie im Eignen zu beobachten gewohnt, oder fähig sey.

Da übrigens die Bedeutung der cura ad suum modum erst vorhin, dann die der bona fides als vertragsmässigen Verhaltens, die von dolus oder fraus als Vertragswidrigkeit, endlich die von diligentia als irgendwelchen Aufwands an Geld, Arbeit, Zeit u. s. w. früherhin schon festgestellt ist: so vertritt die Uebersetzung des celsinischen Fragments hier die Stelle des Commentars.







